Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der
Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Zwölften Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1810.

Fortſetzung.

des 2. Titels im 12. Buch.

De iureiurando ſive voluntario ſive neceſſario ſive iudiciali.

§. 798 b.

Heutiger Gebrauch des außergerichtlichen Eides. In wiefern kann ein deferirter Eid wegen erweislichen Meineides angefochten werden?

Ob der außergerichtliche Eid noch jetzt Statt finde, iſt unter den praktiſchen Rechtsgelehrten ſtreitig. Einige [1]) wollen daran zweifeln, weil er auf einem Grunde beruhe, der der geſunden Vernunft, und den Principien einer reinern Religion zuwiderlaufe. Andere [2]) hingegen vertheidigen den heutigen Gebrauch der außergerichtlichen Eidesdelation, als der Vernunft und natürlichen Billigkeit vollkommen gemäß, und dieſe Meinung verdient unſtrei-

1) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 31. *van* LEEUWEN Cenſ. for. P. II. Lib. II. cap. 29. nr. 29. nr. 32. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 41.

2) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3. BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. 25. §. 5. not. 1. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 7. §. 35. SCHAUMBURG Compend. Dig. h. t. §. 14. KOCH Diſſ. de eo, quod iuſtum eſt circa delationem iuramenti litis deciſorii. Cap. 1. §. 6—10. und HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4511. in fin.

unſtreitig den Vorzug. Mag es immerhin ſo gewöhnlich nicht ſeyn, außergerichtlich durch Entſcheidungseide Rechtsſachen abzuthun, ſo ſteht doch der Zuläßigkeit derſelben ſchlechterdings kein Grund entgegen, aus welchem ſie mit Recht bezweifelt werden könnte. Es ſteht ja den Partheyen frey, durch außergerichtlichen Vergleich einen Rechtsſtreit beyzulegen; warum ſollte es ihnen denn nun nicht mehr erlaubt ſeyn, ſich zum Zweck einer vergleichsmäßigen Beylegung des Rechtsſtreits der außergerichtlichen Eideszuſchiebung zu bedienen? Denn daß es für eine unrichtige Anſicht der Sache zu halten ſey, wenn man ſich den Gedanken, in dem Fluche des Meineides, welchen der Falſchſchwörende ſich aufbürdet, einen Erſatz für den Verluſt des Seinigen zu finden, als die erſte und urſprüngliche Abſicht dieſer Eidesart vorſtellt, iſt ſchon oben gezeigt worden. Aus dieſen Gründen hat es daher auch keinen Zweifel, daß ſowohl von der *actio in factum ex iureiurando*, als der *exceptio iuriſiurandi* noch heut zu Tage Gebrauch gemacht werden könne [3]). Jene iſt eine prätoriſche Perſonalklage [4]), welche demjenigen zuſteht, der einen ihm außergerichtlich zugeſchobenen Eid [5]) in der Maa-

3) Man ſehe LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 57—61. und Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 742. ff.

4) Wenn gleich die vorige Klage, wegen welcher geſchworen worden, eine Realklage iſt. In dem §. 8. *I. de action.* wird ſie ausdrücklich unter die prätoriſchen Perſonalklagen gezählt. S. *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. pag. 284.

5) *L. 28. §. 10. D. h. t.* Item cum ex hac parte iusiurandum et actionem et exceptionem inducat, ſi forte reus *extra iudicium,*

Maaße, wie er von ihm verlangt worden [6]), entweder wirklich geſchworen hat, oder wenigſtens zur Ableiſtung deſſelben bereit war, dem aber dieſer Eid von ſeinem Gegner erlaſſen worden iſt [7]), nicht minder ſeinem Erben, oder wer ſonſt wegen der Sache, worüber geſchworen worden, in ſeine Rechte eingetreten iſt [8]). Sie wird wider denjenigen angeſtellt, welcher den Eid außergerichtlich zugeſchoben hat, ſo wie gegen deſſelben Erben und Nachfolger, welcher wegen des beſchwornen Gegenſtandes in ſeine Verbindlichkeiten getreten iſt [9]); und geht auf die Erfüllung desjenigen, was der Kläger beſchworen hat, oder zu beſchwören

cium, actore inferente, iuraverit, ſe dare non oportere, et actor, reo deferente, dare ſibi oportere, vel contra: poſterior cauſa iurisiurandi potior habebitur. Nec tamen praeiudicium periurio alterius fiet: quia non quaeritur, an dare eum oportet, ſed an actor iuraverit.

6) *L. 3. §. 4. L. 5. pr. D. h. t.* Iurare autem oportet, *ut delatum eſt iusiurandum.* Caeterum — non erit ratum habendum iusiurandum.

7) *L. 9. §. 1. D. eod.* Iureiurando dato, vel remiſſo, reus quidem adquirit exceptionem ſibi, aliisque: actor vero *actionem* adquirit: in qua hoc ſolum quaeritur, *an iuraverit*, dari ſibi oportere; vel, *cum iurare paratus eſſet, iusiurandum ei remiſſum ſit.* Man vergleiche noch damit *L. 6. D. eodem.* wo Paulus ſagt: *Remittit iusiurandum*, qui deferente ſe, cum paratus eſſet adverſarius iurare, gratiam ei fecit, contentus voluntate ſuscepti iurisiurandi. Quodſi non ſuscepit iusiurandum, licet poſtea parato iurare, actor nolit deferre, non videbitur remiſſum: nam, quod ſusceptum eſt, remitti debet.

8) *L. 7. et 8. D. h. t.*

9) *L. 9. §. 7. D. eodem.*

bereit war, inſofern ihm nämlich der Eid vom Gegner erlaſſen worden iſt [10]).

Da durch dieſe Klage die vorige nicht aufgehoben wird, welche dem Kläger zuſtand, ſo richtet ſie ſich ganz nach dem Gegenſtande derſelben, und nimmt auch inſoweit deren Eigenſchaft an; z. B. wenn die Hauptklage, wegen welcher geſchworen worden iſt, eine Erbſchafts- oder Eigenthumsklage iſt, ſo wird die actio ex iureiurando gerade darauf gerichtet, worauf dieſe Hauptklage geht [11]). Nur darin unterſcheidet ſich die actio in factum ex iureiurando von der Hauptklage, daß ſie wider den dritten Beſitzer der Sache, der weder den Eid deferirt hat, noch auch deſſelben facta zu präſtiren ſchuldig iſt, nicht Statt findet [12]). Man ſetze z. B. den Fall, der Beſitzer einer Sache, welche Jemand als die ſeinige abfordert, ſchwört auf des Letztern Antrag, daß die Sache ihm zugehöre. Er verliert nachher den Beſitz, welcher zufällig an denjenigen kommt, der den Eid

10) *§. 11. I. de actionib. L. 9. §. 1. D. h. t. L. 8. Cod. de reb. cred. et iureiur.*

11) *L. 11. §. 3. D. h. t.* Si cum de hereditate inter me et te controverſia eſſet, iuravero hereditatem meam eſſe, *id conſequi debeo, quod haberem, ſi ſecundum me de hereditate pronunciatum eſſet: et non ſolum eas res reſtituere debes, quas tunc poſſidebas, ſed et ſi quas poſtea coepiſſes poſſidere:* perindeque haberi, quod iuratum eſt, atque ſi probatum eſſet: idcirco *utilis actio* mihi competit.

12) *L. 9. §. 7. D. h. t.* Si petitor iuravit, poſſeſſore deferente, rem ſuam eſſe, actori dabitur actio; ſed hoc duntaxat adverſus eum, qui iusiurandum detulit; eosque, qui in eius locum ſucceſſerunt: *caeterum adverſus alium ſi velit praerogativa iurisiurandi uti, nihil ei proderit.*

Eid deferirt hatte. Daß gegen dieſen die actio in factum Statt finde, hat keinen Zweifel [13]). Allein man ſetze, ſie kommt in die Hände eines Dritten, welcher deſſelben facta nicht präſtiren darf; gegen dieſen hat die Klage nicht Statt [14]). *Quia non debet alii nocere, quod inter alios actum eſt* [15]). War die Hauptklage von der Art, daß ein wiſſentliches Abläugnen des Beklagten die Strafe des Doppelten nach ſich zieht, ſo geht doch die actio in factum wegen des geſchwornen Eides, auch ſelbſt im Falle eines vorſätzlichen Leugnens des Beklagten, nur auf das Einfache [16]). Der Hauptvortheil dieſer Klage beſteht darin, daß der Kläger ſich bloß auf den ihm angetragenen und von ihm abgeſchwornen, oder ihm von dem Beklagten erlaſſenen Eid gründen darf, und dabey der vorigen Klage bloß in Rückſicht ihres Gegenſtandes gedenckt [17]). Iſt jener Grund erwieſen, ſo iſt ein weiterer Beweiß der Forderung ſelbſt nicht nöthig [18]).

13) *L. 11. §. 1. D. h. t.* Proinde ſi cum poſſideret, et deferente petitore rem ſuam iuravit, conſequenter dicemus, amiſſa quoque poſſeſſione, ſi is, qui detulit iusiurandum, nactus ſit poſſeſſionem, *actionem in factum* ei dandam, et fructus perceptos ex re, quam meam eſſe iuravi, reſtitui mihi placuit.

14) S. Schmidts theor. pract. Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen 3. Band §. 744.

15) *L. 10. D. h. t.*

16) *L. 30. pr. D. h. t.* Man ſehe den 6. Theil dieſes Commentars §. 501. S. 187. f.

17) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 58.

18) *§. 11. I. de actionib.* Item ſi quis, poſtulante adverſario, iuraverit, deberi ſibi pecuniam, quam peteret, neque ei ſolvatur: iuſtiſſi-

Die *exceptio iuriſiurandi* hingegen kommt demjenigen zu ſtatten, an welchen Anſprüche gemacht worden ſind, wenn er, dem Antrag ſeines Gegners gemäß, auſſergerichtlich geſchworen hat, daß er nichts ſchuldig ſey, oder daß ſein Gegner an der Sache, welche er beſitzt, keine Anſprüche habe [19]). Sie wird dem Deferenten ſowohl, als demjenigen entgegengeſetzt, welcher in deſſen Rechte tritt, wenn jener oder dieſer dennoch die vermeintlichen Anſprüche gerichtlich verfolgen ſollte, es geſchehe nun entweder mit derſelben Klage, wegen welcher der angetragene Eid geleiſtet worden, oder mit einer andern, ſofern ſie nur auf den gemachten Anſpruch Beziehung hat, und dieſe mehreren Klagen in einem ſolchen Verhältniß zu einander ſtehen, daß die eine die andern aufhebt. Mit der Einrede des Ei-

iuſtiſſime ei accommodat talem actionem, *per quam non illud quaeritur, an ei pecunia debeatur, ſed an juraverit.* Es verdient mit dieſer Stelle des Theophilus griechiſche Paraphraſe verglichen zu werden, welche nach der Ueberſetzung des Reitz Tom. II. pag. 800. ſo lautet: *Sed actio in factum ex iureiurando locum habet, quando, me poſcente a te debitum, delato mihi iureiurando, iuravero, te tantam debere ſummam, quam quoque poſco. Nam ſi eam non ſolveris, dabitur mihi in factum actio: quam ego inſtituens oſtendere non cogor, utrum mihi quid debeatur, an non debeatur, ſed hoc ſolum me probante, quod iuraverim, neceſſe eſt te condemnari.* Man ſehe noch *L. 5. §. 2. D. h. t.*

19) *§. 4. I. de except.* Aeque ſi debitor, creditore deferente, iuraverit, nihil ſe dare oportere, adhuc obligatus permanet. Sed quia iniquum eſt de periurio quaeri, defenditur per *exceptionem iuriſiurandi.* In iis quoque actionibus, quibus in rem agitur, aeque neceſſariae ſunt exceptiones, *veluti ſi, petitore deferente, poſſeſſor iuraverit, eam rem ſuam eſſe,* et nihilominus petitor eandem rem vindicet.

Eides kann ſich der Beklagte ſchützen [20]), wenn auch ſchon der Kläger ſeine Forderung erweiſen könnte. Denn er hat dem Beklagten, unter der Bedingung der Eidesleiſtung, ſeine Forderung einmal erlaſſen [21]). Auſſer dem Schwörenden kommt die exceptio iurisiurandi auch noch andern Perſonen zu ſtatten, nämlich denjenigen, welche in ſeine Stelle treten, oder ſonſt bey der Sache, worüber geſchworen worden, intereſſirt ſind [22]). Es iſt nämlich der Eid entweder wegen einer actio in perſonam, oder wegen einer actio in rem geſchworen worden. In dem erſten Falle kann ſich jener Einrede nicht nur der Erbe des Schwörenden [23]), ſondern auch der Bürge bedienen, wenn er wegen der eidlich abgeläugneten Schuld belangt wird [24]). In dem andern Falle hingegen kommt der Eid demjenigen zu ſtatten, der in die Sache, wegen welcher der Eid ge-

20) *L. 28. §. 4. D. h. t.* Exceptio iuriſiurandi, non tantum ſi ea actione quis utatur, cuius nomine exegit iusiurandum, opponi debet: ſed etiam ſi alia, ſi modo eadem quaeſtio in hoc iudicium deducatur: forte ſi ob actionem mandati, negotiorum geſtorum, ſocietatis, caeterasque ſimiles iusiurandum exactum ſit, deinde ex iisdem cauſis certum condicatur: quia per alteram actionem altera quoque conſumitur.

21) *§. 4. I. de Except.* Licet enim verum ſit, quod intendit, id eſt, rem eius eſſe, iniquum tamen eſt, poſſeſſorem condemnari.

22) S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 282. §. *Igitur pollicetur Praetor.*

23) *L. 7. D. h. t.*

24) *L. 28. §. 1. D. h. t.* Quod reus iuravit, etiam *fideiuſſori* proficit.

ſchworen worden, ſuccedirt[25]), das heißt, dieſe Sache nachher von dem Schwörenden erhält, es ſey von Todeswegen, wie z. B. der Legatar, oder unter den Lebendigen, wie z. B. der Käufer oder Donatar[26]). Hat der Schuldner den Eid geſchworen, ſo werden auch dadurch die Pfänder frey, und müſſen zurückgegeben werden, denn der Eid hat hierin eine Aehnlichkeit mit der Acceptilation[27]). Hat hingegen der Beſitzer geſchworen, daß die Sache, woran der Deferent Anſpruch machen wollte, ſein Eigenthum ſey, ſo kann er nun die Sache longo tempore verjähren, die er ſonſt, bey dem Mangel eines erweislichen gerechten Titels, gegen den Dritten anders nicht als longiſſimo tempore hätte präſcribiren können. Denn der Eid hat die Kraft eines gerechten Titels[28]). Zuweilen wird durch den außergerichtlichen Eid auch eine Klage perpetuirt, die ſonſt nur temporär geweſen wäre[29]). Denn dies iſt die Wirkung der

25) *L. 8. D. h. t.*

26) S. NOODT c. l. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 61.

27) *L. 40. D. h. t.* Iusiurandum a debitore exactum efficit, ut pignus liberetur. *Eſt enim hoc acceptilationi ſimile.* Perpetuam certe exceptionem parit. Idcirco poenam quoque petentem creditorem exceptione ſummoveri oportet, et ſolutum repeti poteſt, utpote, cum, interpoſito eo, ab omni controverſia diſcedatur.

28) *L. 13. §. 1. D. de iureiur.* JULIANUS ait, eum, qui iuravit, fundum ſuum eſſe, poſt longi temporis praeſcriptionem etiam utilem actionem habere debere. S. MALBLANC de iureiur. §. 63. pag. 227.

29) *L. 9. §. 3. D. h. t.* Si is, qui temporaria actione mihi obligatus erat, detulerit iusiurandum, ut iurem, eum dare oportere,

der Litiscontеſtation, an deren Stelle, wie **Paulus** [30]) ſagt, der Eid tritt.

Es entſteht nun hier noch die Frage, ob ein ſolcher Eid, der auf geſchehenen Antrag des Gegners geſchworen worden iſt, nicht wegen begangenen Meineides angefochten werden könne? Die alten römiſchen Rechtsgelehrten waren deshalb verſchiedener Meinung. Labeo glaubte, es habe die actio de dolo Statt. **Pomponius** hingegen widerſprach ihm aus dem Grunde, weil durch den geleiſteten Eid der Streit einmal beygelegt ſey. Man müſſe es alſo nun bey dem Eide laſſen. Dieſe Meinung billigte auch **Marcellus**; und **Paulus** fügte noch den Grund hinzu, es ſey genug, daß der Meineid beſtraft werde. Es ſind hier folgende Stellen der Pandecten merkwürdig.

L. 21. *D. de dolo malo.* Quod ſi, deferente me, iuraveris, et abſolutus ſis; poſtea periurium fuerit approbatum: LABEO ait, *de dolo actionem* in eum dandam: POMPONIUS autem *per iuſiurandum transactum videri.* Quam ſententiam et MARCELLUS Libro 8. Digeſtorum probat: *ſtari enim religioni debet.*

L. 22. *D. eodem.* Nam ſufficit periurii poena [31]).

tere, egoque iuravero, *tempore non liberatur: quia poſt litem conteſtatam cum eo perpetuatur adverſus eum obligatio.*

30) *L.* 28. *§.* 2. *D. de iudic.* S. *Guil.* BARCLAII Comment. ad h. L. bey OTTO *in Theſ. iur. Rom.* Tom. III. pag. 934. ſq.

31) Worin dieſe poena periurii beſtanden habe, deren Paulus hier gedenkt, iſt ſtreitig. MALBLANC de iureiur. §. 64. erklärt ſie nach der Vorſtellung der Römer von der göttlichen Rache, die den Meineidigen verfolgen werde. Allein die

Dieſe letztere Meinung ward auch durch ein Reſcript des Kaiſers **Antoninus** beſtätiget, welches in der *L.* 1. *Cod. de reb. credit. et iureiur.* auf folgende Art lautet.

Cauſa iureiurando ex conſenſu utriusque partis, vel adverſario inferente, delato et praeſtito, vel remiſſo deciſa: *nec periurii praetextu retractari poteſt*: niſi ſpecialiter hoc lege excipiatur.

Hierauf bezieht ſich, was **Ulpian** ſagt *L.* 56. *D. de re iudicata:* Poſt rem iudicatam, vel *iureiurando deciſam*, vel confeſſionem in iure factam *nihil quaeritur poſt orationem* DIVI MARCI.

Der Grund hiervon liegt unſtreitig in der Natur der Eidesdelation, welche von Seiten des Deferenten das Verſprechen erhält, dem Andern, unter der Bedingung, daß er ſchwöre, eine Forderung zu erlaſſen, oder deſſelben Anſprüche anzuerkennen, welches von dieſem, ohne Uebernahme einer gegenſeitigen Verbindlichkeit, acceptirt wird [32]).

Hier-

die Strafe konnte auch eine weltliche ſeyn, wenn der Eid per genium Principis war falſch geſchworen worden. *L. 13. §. 6. D. h. t.* wie auch POTHIER in Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. LII. not. i. pag. 360. bemerkt hat. Außerdem war freylich damals keine bürgerliche Strafe auf den Meineid geſetzt, ſondern man überließ die Beſtrafung der rächenden Gottheit. *L. 2. C. de reb. credit. et iureiur.* ſagt: Contemta iuriſiurandi religio ſatis Deum ultorem habet. Jedoch entgieng der Meineidige der notae cenſoriae nicht. CICERO *de offic. Lib. I. c. 13. de Legg. Lib. II. cap. 9.* LIVIUS *Lib. XXIV. cap. 18.* S. *Theod. Regn. de* BASSEN de iureiurando veter. inpr. Rom. Cap. 8.

32) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 25.

Hieraus erklärt ſich nun, warum der deferirte Eid nach dem römiſchen Rechte nicht angefochten werden konnte, weil, der einmal geſchehenen Erklärung des Deferenten zu Folge, von dem Beweis eines Meineides gar keine Frage mehr ſeyn konnte. Ganz dieſen Grundſätzen gemäß, ſagt daher **Juſtinian** §. 4. *I. de exceptionib.* Si debitor, creditore deferente, iuraverit, nihil ſe dare oportere, *iniquum eſt*, *de periurio quaeri*, oder, wie es **Theophilus** [33]) paraphraſirt: ἄτοπόν ἐςι, κινοῦντά με ἐλέγχειν αὐτοῦ τὴν ἐπιορκίαν: i. e. *abſurdum eſt*, *me agentem eius periurium arguere.* Und **Julian** ſagt dies noch beſtimmter *L.* 15. *D. de except.* Adverſus exceptionem iurisiurandi *replicatio doli mali* non debet dari; *cum Praetor id agere debet*, *ne de iureiurando cuiusquam quaeratur.* Es ſcheint mir daher **Voet** [34]) ganz Unrecht zu haben, wenn er dieſe Geſetzſtellen bloß von dem Falle verſtehen will, da Jemand anfangs den Eid bona fide geſchworen, und nachher erſt entdeckt hat, daß er falſch geſchworen habe. Nur in einem Falle hat **Juſtinian** eine Ausnahme gemacht, nämlich wenn Jemand wegen eines ihm vorgeblich hinterlaſſenen Legats oder Fideicommiſſes, auf geſchehenen Eidesantrag des Erben, weil das Teſtament nicht aufzufinden war, falſch geſchworen hat. Hier kann das Legat zurückgefordert werden. Dieſe Ausnahme iſt in der *L. ult. Cod. de reb. credit. et iureiur.* enthalten, welche folgendermaſſen lautet:

Cum quis legatum, vel fideicommiſſum, utpote ſibi relictum, exigeret, et, teſtamento forte non apparen-

33) *Paraphras. graec. Inſtitut.* Lib. IV. Tit. 13. §. 4. nach der Reitziſchen Ausgabe Tom. II. pag. 878.

34) Cit. loc. §. 25.

parente, pro eo ſacramentum ei ab herede delatum eſſet, et is religionem ſuam praeſtaſſet, affirmans, ſibi legatum vel fideicommiſſum derelictum eſſe: et ex huiusmodi teſtamento id, quod petebat, conſecutus eſſet; poſtea autem manifeſtum eſſet factum, nihil ei penitus fuiſſe derelictum: apud antiquos quaerebatur, utrum iuriiurando ſtandum eſſet, an reſtituere deberet, quod accepiſſet? *Nobis itaque melius viſum eſt, repeti ab eo legatum vel fideicommiſſum; nullumque ex huiusmodi periurio lucrum ei accedere.*

Viele Rechtsgelehrten [35]) ſind der Meinung, daß durch dieſe Verordnung das ältere Recht abgeändert worden, und nun allgemein erlaubt ſey, den deferirten Eid anzufechten, wenn bewieſen werden kann, daß er wiſſentlich falſch geſchworen ſey. Denn wenn gleich dieſelbe nur von einem ſpeciellen Falle rede, ſo müſſe doch die Verordnung ſelbſt für allgemein entſcheidend darum angenommen werden, 1) weil ſie eine von den funfzig Deciſionen ſey, worin Juſtinian den ehemaligen Streit über die Frage von

35) *Ant.* FABER Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 1. Def. 2. et 24. ENGEL in Colleg. iur. canon. Lib. II. Tit. 24. Sect. I. nr. 31. LEYSER Medit. ad Pand. Specim. CXLV. Medit. 1. et Spec. DLXVII. medit. 12. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 42. *God. Lud.* MENCKEN Diſſ. de cauſa ob praeſtitum iuramentum iudiciale deciſa, probato periurio redintegranda. *Lipſiae 1740. Io. Thad.* MÜLLER Diſſ. de cauſa, iuramento voluntario deciſa, ob periurium retractanda. *Heidelbergae 1766. Io. Nic.* MOECKERT Diſſ. de iureiurando retrahendo. *Rintel. 1769.* und MALBLANC in Doctr. de iureiur. §. 65. welcher jedoch nachher in ſeinen Princip. iuris Rom. P. II. §. 477. pag. 312. ſeine Meinung geändert hat.

von der Unumſtößlichkeit des deferirten Eides entſchieden habe; und 2) wegen der Allgemeinheit des geſetzlichen Grundes. Denn der Geſetzgeber wolle überhaupt nicht, daß Jemand aus ſeinem Meineide einen Vortheil ziehe. Dieſer Grund paſſe auf jeden Fall, da ein begangener Meineid erwieſen werden kann. Allein dieſer Meinung ſtehen folgende Gründe entgegen. Die *L. ult. Cod. de reb. cred.* iſt datirt *poſt conſulatum Lampadii et Oreſtis* 532. [36]). Sie iſt alſo noch vor den Pandecten gegeben worden. Dennoch ward die wichtige Stelle von der Unumſtößlichkeit des deferirten und abgeſchwornen Eides aus des Cajus Commentaren über das edictum provinciale den Pandecten einverleibt, welche *L.* 31. *D. de iureiur.* auf folgende Art lautet:

Admonendi ſumus, interdum etiam poſt iusiurandum exactum permitti conſtitutionibus Principum, ex integro cauſam agere, ſi quis nova inſtrumenta ſe inveniſſe dicat, quibus nunc ſolis uſurus ſit. Sed hae conſtitutiones tunc videntur locum habere, cum a iudice aliquis abſolutus fuerit: ſolent enim ſaepe iudices in dubiis cauſis, exacto iureiurando, ſecundum eum iudicare, qui iuraverit. *Quodſi alias inter ipſos iureiurando transactum ſit negotium, non conceditur eandem cauſam retractare.*

Wir lernen zugleich aus dieſer Stelle den wichtigen Unterſchied zwiſchen einem vom Gegner angetragenen, und einem vom Richter auferlegten Eid. Gegen den letztern kann wegen neu aufgefundener Urkunden die Wiedereinſetzung

36) Nach Wieling in Iurisprud. reſtituta. Tom. I. pag. 145. ſogar *poſt Conſulatum Lampadii et Oreſtis anno primo* 531.

tzung in den vorigen Stand geſucht werden; nicht aber gegen den erſten, weil dadurch der Rechtsſtreit unter den Partheyen einmal beygelegt worden iſt [37]). Daß die *L. ult. Cod. de reb. credit.* nur eine Ausnahme von der Regel enthält, erhellet ferner daraus, weil Juſtinian die Verordnung des Krs Antoninus *L.* 1. *Cod. eod.* welche die Regel von der Umſtößlichkeit eines abgeſchwornen deferirten Eides enthält, nicht nur in ſeinen Codex aufgenommen hat, ſondern es ſind auch die letztern Worte derſelben, *niſi ſpecialiter hoc lege excipiatur*, wie Cujaz [38]) und Noodt [39]) ganz richtig bemerkt haben, vom Tribonian in keiner andern Abſicht beygefügt worden, als um dieſes Geſetz, welches keinesweges aufgehoben ſeyn ſolle, mit den *L. ult.* zu vereinigen. Hierzu kommt endlich noch das Zeugniß der Baſiliken, und der griechiſchen Ausleger, welche die *L. ult.* auch nur auf den darin entſchiedenen Fall einſchränken. In den Baſiliken [40]) lautet nämlich unſere *L. ult.* folgendermaſſen:

Δέγων τίς χρεωστεῖσθαι ληγάτον ἐν διαθήκῃ καταλειφθὲν αὐτῷ, καὶ μὴ προφέρων τὴν διαθήκην, ὅρκον ἀπητήθη παρὰ τῦ κληρονόμου, καὶ ἐπωμόσατο τῇ ἀληθείᾳ καταλελεῖφθαι αὐτῷ τό ληγάτον, καὶ ἔλαβεν αὐτό. ἀλλὰ μετὰ ταῦτα ἀπεδείχθη προφανῶς, μηδέν αὐτῷ καταλελεῖφθαι. ἡ τοίνην διάταξις ἐπιτρέπει, ὅτε μὲν αὐτῷ οὐδὲν καταλέλειπτο, ἀναδιδόναι αὐτὸν ὅπερ ἔλαβεν, ἐκ τῆς οἰκείας ἐπιορκίας μηδὲν κερ-

δαί

37) *L. 19. Cod. de transact. L. 4. Cod. de re iudic.* S. *Iac.* CUJACIUS Obſervation. Lib. XVIII. cap. 35.

38) Cit. loc.

39) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 288.

40) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. Conſtit. 55. pag. 137.

δαίνοντα. i. e. *Cum quis diceret, deberi ſibi legatum teſtamento relictum, nec teſtamentum proferret, iusiurandum ei ab herede delatum fuit, et iuravit, revera legatum ſibi derelictum eſſe, idque conſecutus eſt. Poſtea autem manifeſtum factum eſt, nihil ei relictum fuiſſe. Conſtitutio igitur iubet, ut ſiquidem nihil ei relictum ſit, repetatur ab eo, quod conſecutus eſt, nullum ex periurio ſuo lucrum facturo.*

In Beziehung auf dieſe Verordnung ſagt **Balſamo** [41]): Ὁ δὲ νενεσσάριος ἀναψηλαφᾶται ἐπὶ ἑνός καὶ μόνου θέματος, ἤτοι τῦ τελευταίου κεφ. τῦ ε. Τιτ. τῦ κβ'. βιβ. i. e. *Neceſſarium* [42]) *vero in uno eoque ſolo caſu retractatur, nempe ultimi cap. tit.* 5. *Lib. XXII. Baſil.* Eben ſo **Attaliates** [43]). Dieſe Meinung nehmen auch die meiſten neuern Rechtsgelehrten [44]) an. Nur darüber iſt man nicht einig, warum

41) Ad Nomocanonem *Photii* Tit. XIII. cap. 18. *in* IUSTELLI et VOELLI Bibliotheca iuris canon. vet. Tom. II. pag 1118.

42) Balſamo verſteht hier unter dem iuramento neceſſario, nicht den vom Richter aufgelegten, ſondern den gerichtlich deferirten Eid. Denn vom iuramento voluntario ſagt er, οὐδέποτε ἀναψηλαφᾶται, i. e. *nunquam retractatur.* Nun verſtanden die griechiſchen Ausleger unter dem iuramento voluntario den außergerichtlich deferirten Eid. S. oben §. 789. S. 180.

43) *Synopſis Tit. 18.*

44) NOODT Comm. ad Dig. h. t. p. 288. *Em.* MERILLIUS Expoſition. in L. Deciſion. Iuſtin. Nr. XLV. (*Operum minor.* P. II. pag. 125.) *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 16. POTHIER Pand. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. XLVIII. in fin. pag. 360. *Io. Iac.* WISSENBACH Comment. in Cod. ad L. ult. de reb. cred. pag. 217. *Iul.* PACIUS Analys. Cod. Lib. IV. Tit. 1. nr. 24. *Ian. a* COSTA Praelect. ad illuſtrior. quosd. titulos loca-

rum der Kaiſer gerade bey Legaten und Fideicommiſſen eine Ausnahme von der Regel gemacht habe. Man ſetzt den Grund gewöhnlich darin, weil ein Vergleich über den Gegenſtand eines Teſtaments, und folglich auch eine Eidesdelation, welche die Natur eines Vergleichs hat, nicht gelte, wenn man nicht zuvor das Teſtament ſelbſt eingeſehen habe [45]). Schon Accurſius und der griechiſche Scholiaſt der Baſiliken führen dieſen Grund an, und viele der neuern Rechtsgelehrten [46]) ſind ihnen hierin gefolgt. Allein daß ſich gerade das Gegentheil aus dieſem Geſetz erweiſen laſſe, hat ſchon Joh. Aug. Bach [47]) gezeigt. Andere [48]) ſuchen daher den Grund in der Natur und beſondern Begünſtigung letzter Willensverordnungen. Noch andere [49]) darin, weil hier, wo das Teſtament nicht aufzufinden war, die Eidesdelation, wegen Mangels an andern Beweismitteln, gewiſſermaſſen aus Nothwendigkeit geſchahe. Soviel iſt gewiß, daß der Grund, den der Kaiſer ſelbſt anführt, zu generell iſt. Ob nicht nach dem heutigen Recht ein deferirter Eid, wenn er bewieſenermaßen falſch geſchworen worden iſt, in allen Sachen angefochten und aufgehoben werden könne, iſt eine Frage, worüber die heutigen Rechtsgelehr-

locaque ſelecta iur. civ. pag. 151. ſq. SCHAUMBURG Comp. iuris Dig. h. t. §. 14. KOCH Inſtit. iuris crim. §. 548. in Schol. und MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 477.

45) *L. 6. D. de Tranſact.*

46) VOET Comm. ad Dig. h. t. §. 26.

47) Diſſ. de iure transactionis ſuper controverſiis ex teſtamento non cognitis tabulis. §. 4. (in *Opuſcul.* pag. 82. ſq.)

48) MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 477. pag. 312.

49) *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. pag. 288. und *Ian. a* COSTA Praelection. cit. pag. 152.

gelehrten auch nicht einverſtanden ſind. Viele [50]) bejahen ſie in Beziehung auf den Art. 107. der peinl. Gerichtsordn. Carls V. wo es heißt:

„Item welcher vor Richter oder Gericht einen gelehrten Meineid ſchwört, ſo derſelbig Eid zeitlich Gut antrifft, das in deß, der alſo fälſchlich geſchworen hat, Nutz kommen, der iſt zuvörderſt ſchuldig, wo er das vermag, ſolch fälſchlich abgeſchworen Gut dem Verletzten wiederzukehren.“

Andere [51]) hingegen behaupten, daß durch dieſen Artikel das römiſche Recht nicht aufgehoben ſey. Denn der Kaiſer rede hier nicht von der bürgerlichen, ſondern blos von der peinlichen Rechtsverfolgung, und wolle nur, daß bey der peinlichen Beſtrafung des Meineides auch zugleich auf die Reſtitution des durch den falſchen Eid verurſachten Schadens ſoviel möglich Rückſicht genommen werden ſolle. Dieſe letztere Meinung verdient in der Theorie allerdings den Vorzug.

§. 799.

Von wem? Wem? und in welchen Sachen kann der Eid deferirt werden?

Da dem Geſagten zu Folge der deferirte Eid, ſeinem Urſprunge nach, ein bloßes Vergleichsmittel iſt, und auch ſelbſt

50) KOCH cit. loc. von Quiſtorp Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts 1. Th. §. 136. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. Tom. III. §. 4524. THIBAUT Syſt. des P. R. 3. Th. §. 1162. Weſtphals Rechtsgutachten h. t. §. 20. 1. Th. S. 78.

51) KRESS Diſſ. de variis controverſiis in argumento poſſeſſionis et iuramentor. §. 15. de BOEHMER Meditat. in Conſtitut. crim. carol. ad Art. 107. §. 3. und MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 477. in fin.

ſelbſt der gerichtlich zugeſchobene Eid, wenn er ſchon in Rückſicht ſeines Zwecks nach der Natur eines Beweismittels modificirt iſt, dennoch in Hinſicht ſeines Entſtehungsgrundes immer etwas Vergleichsähnliches beybehalten hat [52]; ſo laſſen ſich nun hieraus folgende Fragen entſcheiden.

I. Wer kann einen Eid deferiren? Nach den Grundſätzen des römiſchen Rechts, mit welchen auch der Gerichtsgebrauch übereinſtimmt, können nur diejenigen einen Eid deferiren, welche einen Vergleich zu ſchließen fähig und befugt ſind, und nur unter den Bedingungen, unter welchen ſie dies können, iſt ihnen auch die Eidesdelation erlaubt [53]. Alſo

1) nur Eigenthümer, welche über das Ihrige zu verfügen fähig ſind, und ſich daher in Anſehung ihres Vermögens durch ihre Handlungen verpflichten können [54]. Pupillen, Minderjährige und gerichtlich erklärte Verſchwender können demnach ohne Zuſtimmung ihrer Vormünder keinen Eid deferiren [55]. Hatte ein Minderjähriger keinen Cura-

52) S. Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 91. S. 168.

53) *L. 35. §. 1. D. h. t.* Prodigus, ſi deferat iusiurandum, audiendus non eſt. Idemque in caeteris ſimilibus ei dicendum eſt: nam ſive pro pacto convento, ſive pro ſolutione, ſive pro iudicio hoc iusiurandum cedit, non ab aliis delatum probari debet, quam qui ad haec habiles ſunt.

54) S. *Chriſt. Frid.* POHL Diſſ. de indole iurisiurandi in iudicio delati. *Lipſiae 1786.* §. 4.

55) *L. 17. §. 1. D. de iureiur.* Pupillus tutore auctore iusiurandum deferre debet. Quodſi ſine tutore auctore detulerit, exce-

Curator, ſo war zwar die von demſelben geſchehene Eidesdelation nach dem röm. Rechte an ſich nicht ungültig; er konnte aber dagegen die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ſuchen [56]. Allein da heutzutage Minderjährige ſich ohne Curator in Rückſicht ihres Vermögens nicht verbindlich machen können, ſo haben ſie dieſes Rechtsmittel nicht einmal mehr nöthig, ſondern hierin mit den Unmündigen gleiche Rechte [57].

2) Procuratoren können in Sachen des Eigenthümers den Eid nur inſofern deferiren, als ſie entweder zur Verwaltung aller Güter und Geſchäfte beſtellt ſind, oder zur Eideszuſchiebung eine Specialvollmacht erhalten haben, oder der ihnen ertheilte Auftrag ein mandatum in rem ſuam iſt [58]. Auſſerdem iſt die Eidesdelation ungültig [59],

exceptio quidem obſtabit, ſed replicabitur, quia rerum adminiſtrandarum ius ei non competit.

56) *L. 9. §. 4. D. de iureiur.*

57) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 8. Webers ſyſt. Entwikel. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 73. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4515. not. a. in fin.

58) *L. 17. §. 3. D. h. t.* Procurator quoque, quod detulit, ratum habendum eſt: ſcilicet, ſi aut *univerſorum bonorum adminiſtrationem ſuſtinet*, aut ſi *id ipſum nominatim mandatum ſit*, aut ſi *in rem ſuam procurator* ſit.

59) *L. 18. D. eodem.* Alias autem procuratorem deferentem iusiurandum non eſſe audiendum, IULIANUS libro 10. Digeſtorum ſcribit. Nec poſtea reus, qui ſemel iuravit, a domino conveniatur: nec multum ei proficere, ſi fuerit ei de rato cautum. Sive enim dominus petat, cogetur docere reus, liquido ſe iuraſſe, poſita ſcilicet exceptione: ſive ex ſtipulatione de rato agat, neceſſe habebit ipſe de periurio ſuo docere. Statt

Nec

wofern nicht etwa der Procurator mit einer ganz unbeſchränkten Vollmacht (mandatum cum libera) verſehen ſeyn ſollte [60]).

3) Vor-

Nec poſtea leſen Haloander und Baudoza richtiger *ne poſtea* in unmittelbarer Verbindung mit dem Vorhergehenden. Mit dieſer Leseart ſtimmt auch unſer Cod. Erlang. Pand. überein. Der Sinn iſt alſo dieſer. Wenn auſſer den Fällen, wovon in der L. 17. die Rede war, ein Procurator dem Gegner ſeines Principals den Eid zuſchiebt, ſo kann letzter nicht genöthiget werden, den Eid anzunehmen, und ſchwört er ihn auch, ſo wird er ihn dennoch nicht ſchützen, ſondern er wird, deſſen ungeachtet, von dem Eigenthümer in Anſpruch genommen werden können, wenn er ſich auch von dem Procurator eine cautio de rato hätte beſtellen laſſen. Denn entweder der Eigenthümer klagt. Hier kann ihn der Kläger, wenn er die Einrede des geleiſteten Eides vorſchützen wollte, mit der Replik zurückweiſen, daß der Eid ohne ſeinen Antrag und Willen geſchworen worden ſey, und der Beklagte muß beweiſen, daß das, was er geſchworen hat, die Wahrheit ſey. (Dies heißt hier *liquido ſe iuraſſe*, wie *Franc.* DUARENUS Disputat. anniverſar. Lib. I. cap. 2. gezeigt hat; und die Worte *poſita ſcilicet exceptione*, ſind von der Replik des Klägers zu verſtehen, und nach POTHIER in Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. V. not. c. pag. 353. ſo zu erklären: *reus tenebitur inſtaurare cauſam, oppoſita adverſus exceptionem iuriſiurandi, quam allegaret, hac replicatione: quia non me deferente iuraſti.*) Oder der Beklagte klagt gegen den Procurator aus der Caution de rato, und dann müßte er doch den Proceß verlohren haben. Er müßte alſo des Meineides durch des Klägers Beweis überführt ſeyn. Wie kann er denn nun wegen ſeines Meineides Entſchädigung fordern? Man ſehe noch über dieſe Stelle VULTEIUS Diſceptat. Scholaſt. Lib. I. c. 7. pag. 92. und DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XXIV. cap. 21. pag. 1321. in fin. et ſq.

3) Vormünder und Curatoren können in Sachen ihrer Mündel und Pflegbefohlnen den Eid nur unter den Bedingungen deferiren, unter welchen ihnen erlaubt iſt, Sachen und Güter derſelben zu veräußern. Inſofern daher bey Veräuſſerungen eine gerichtliche Unterſuchung und obrigkeitliche Einwilligung erforderlich iſt, wird ſolche auch zur Eidesdelation erfordert [61]).

60) *Cap. 4. de procurat. in 6to.* Procurator *absque ſpeciali mandato iuramentum deferre*, tranſigere vel paciſci non poteſt, niſi ei bonorum vel *cauſae adminiſtratio libere ſit conceſſa.* S. BRUNNEMANN Comment. ad L. 18. D. h. t. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4515. not. a. pag. 955. Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Proceß. 2. Th. §. 320. Anderer Meinung iſt MALBLANC Doct. de iureiur. §. 42. pag. 118. Allein eine bloße Generalvollmacht iſt nicht hinreichend. *L. 60. D. de procurator.* S. BARCLAII Commentar. ad L. 3. D. h. t. bey OTTO Tom. III. pag. 926. und VOET Comm. h. t. §. 8.

61) *L. 17. §. 2. D. h. t.* Si *tutor,* qui tutelam gerit, aut *curator* furioſi prodigive, iusiurandum detulerit, ratum id haberi debet. Nam et alienare res, et ſolvi eis poteſt: et agendo rem in iudicium deducunt. HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. III. §. 4515. not. a. Danz Grundſätze des ordentlichen Prozeſſes §. 368. BIENERI Syſt. proceſſ. iudiciar. Tom. I. §. 100. beſonders VOET in Comm. ad Pand. h. t. § 8. Jedoch kann der Vormund anders nicht, als in Ermangelung anderer Beweismittel, den Eid deferiren. Nur in dieſem Falle kann dem Pupillen die exceptio iurisiurandi entgegengeſetzt werden. *L. 35. pr. D. h. t.* Tutor pupilli, *omnibus probationibus aliis deficientibus,* iusiurandum deferens audiendus eſt: quandoque enim pupillo denegabitur actio. Das *quandoque* zeigt an, daß nicht in jedem Falle die vom Vormund geſchehene Eidesdelation gültig ſey. In den Baſiliken Tom. III. pag. 129. iſt dieſes deut-

Es fragt ſich, ob auch ein Meineidiger, oder eine andere infamirte Perſon ihrem Gegner den Eid antragen dürfe? Viele [62]) läugnen dies aus dem Grunde, weil die Zurückſchiebung des Eides bey ſolchen Perſonen wegfalle. Andere [63]) unterſcheiden zwiſchen Meineidigen und infamirten Perſonen, und behaupten, daß zwar letztere, weil ihnen kein Geſetz entgegenſtehe, nicht aber erſtere einen Eid deferiren könnten. Denn ſie könnten den Eid für Gefährde nicht ſchwören, welcher doch die Bedingung ausmacht, ohne welche der Deferent die Ableiſtung des zugeſchobenen Eides von dem Acceptanten nicht verlangen kann, weil ein Meineidiger ſchlech-

licher beſtimmt. Es heißt daſelbſt: Ο ἐπίτροπος ἐν ἀπορίᾳ πάσης ἀποδείξεως ὅρκον ἐπιφέρει· τότε γὰρ αποκλείει τῷ ἀνήσῳ. i. e. *Tutor, omni probatione deficiente, iusiurandum defert: tunc enim agenti pupillo actio denegatur.* Jedoch bleibt ihm immer noch das Rechtsmittel der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand offen, wenn er eine dadurch erlittene Läſion erweiſen kann. *L. 9. §. 4. D. h. t. L. 2. et 3. Cod. Si tutor vel curator interven.* S. *Guil.* BARCLAII Commentar. ad h. tit. Pand. L. 3. bey OTTO T. III. pag. 926.

62) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXIII. Th. 9. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 8. STRYK de cautel. iuramentor. P. II. Sect. I. cap. 3. nr. 212. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XVII. Th. 35. FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XIX. Err. 8. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. 25. Th. 5. not. 8. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 33. und *Henr.* BROKES Diſſ. de periuro iudiciale iuramentum non deferente. *Vitemb.* 1737.

63) MENCKEN Colleg. polem. iur. civ. Diſp. IV. nr. 61. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. l. Tom. II. pag. 162.

ſchlechterdings nicht zum Eide gelaſſen werden ſolle [64]). Iſt blos von einem außergerichtlichen Eide die Rede, ſo hat es gar keinen Zweifel, daß die von einem Meineidigen oder einer infamirten Perſon geſchehene Eidesdelation nicht unſtatthaft ſey [65]). Denn hier kommt alles auf die Uebereinkunft der Partheyen an, auch fällt hier die Zurückſchiebung weg [66]); folglich iſt hier aller Anſtand gehoben. Allein ſtreitiger iſt es, wenn die Rede von einem gerichtlichen Eide iſt. Es läßt ſich jedoch die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [67]), welche behaupten, daß auch ein ſolcher Eid von einem Meineidigen oder einer andern infamirten Perſon deferirt

64) *Can. 14. Caus. XXII. Qu. 5.* Qui ſemel periuratus fuerit, nec teſtis ſit poſt haec, nec ad ſacramentum accedat, nec in ſua cauſa vel alterius iurator exiſtat. (Aus dem *capitulari Aquisgranenſi Caroli Magni an. 789.* entlehnt. S. BERARDI canones Gratiani. P. I. Cap. 46. pag 362.)

65) S. BROKES Diſſ. de periuro iudiciale iuramentum non deferente. § 12.

66) *L. 17. pr. D. h. t.*

67) *Hugo* DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XXIV. cap. 21. nr. 19. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. IV. Obſ. 151. nr. 489. et Tom. II. P. IX. Obſ. 224. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. § 63. PUFENDORF Obſervat. iuris univ. Tom. IV. Obſ. 92 *Ge. Lud.* BOEHMER in Diſſ. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. §. 8. *Io. Iac.* HEILBRONNER Diſſ. de iuſta iurisiurandi a periuro aut infami facta delatione. *Altorfii 1742.* MALBLANC Doctr. de iureiurando. §. 42. *Chriſt. Frid.* POHL Diſſ. de indole iurisiurandi in iudicio delati. §. 4. Ge. Jac. Fried. Meiſter pract. Bemerkungen aus dem Crim. u. Civilrechte. 2. B. 2. Bemerk. Nr. 6. S. 20. ff. Danz Grundſätze des ordentl. Prozeſſes. §. 368. u. a. m.

ferirt werden könne, ſowohl nach der Theorie als Praxis rechtfertigen. Denn es iſt vor allen Dingen zu bemerken, daß das Recht den Eid zu deferiren nicht daraus beurtheilt werden könne, ob eine Zurückſchiebung deſſelben Statt finde, oder nicht. Es iſt daher ein ganz unrichtiger Schluß, wo der Eid nicht referirt werden kann, da kann er auch nicht deferirt werden [68]). Die Annehmung des zugeſchobenen Eides beruhet in geſetzlicher Verbindlichkeit, ſo wie das Recht den Eid zu deferiren, auf der geſetzlichen Anordnung, nach welcher der Eid zu den Beweismitteln gerechnet wird [69]). Nun ſteht es zwar demjenigen, welchem ein Eid deferirt worden, allerdings frey, ſich von der Verbindlichkeit, denſelben zu ſchwören, dadurch zu befreyen, daß er den Eid dem Deferenten zurückſchiebt. Allein dadurch, daß dieſer Ausweg bedenklich iſt, oder ganz wegfällt, wird die Verbindlichkeit zur Annahme des angetragenen Eides nicht aufgehoben, ſondern es folgt daraus nur ſoviel, daß der zugeſchobene Eid ſchlechterdings geſchworen werden muß, wenn derjenige, welchem der Eid iſt zugeſchoben worden, nicht auf andere Art das Gegentheil erweiſen kann. Eben ſo verhält es ſich auch mit dem Eide für Gefährde. Zwar iſt der Gegner denſelben zu fordern allerdings befugt; es kann aber deswegen, weil dieſer ſolchen ſich leiſten zu laßen für bedenklich hält, das Recht ſeines Gegners, den Eid zu deferiren, nicht wegfallen, zumahl da die gerichtliche Eides-

68) *L. 34. §. 8. D. h. t.* ſagt: Non ſemper conſonans eſſe, per omnia referri iusiurandum, quale defertur, cum ex diverſitate rerum et perſonarum quaedam emergant, quae varietatem inducant.

69) *L. 25. §. 3. D. de probat. L. 12. pr. Cod. de reb. cred.*

Eidesdelation zu den Beweismitteln gezählet wird, und Niemandem, ohne offenbare Unbilligkeit zu begehen, ein Beweismittel entzogen werden kann, welches ihm vielleicht, bey dem gänzlichen Mangel an anderen, nur noch allein übrig iſt.

II. **Worüber kann der Eid zugeſchoben werden?** Die Eidesdelation findet in Anſehung aller der Privatwillkühr der Partheyen unterworffenen Sachen Statt, worüber es ihnen erlaubt iſt zu tranſigiren [70]). Wenn Ulpian ſagt *L.* 3. §. 1. *D. h. t.*

Quacunque actione quis conveniatur, ſi iuraverit, proficit ei iusiurandum: ſive in perſonam, ſive in rem, ſive in factum, ſive poenali actione vel quavis alia agatur, ſive de interdicto;

ſo redet er zwar nur von dem **außergerichtlichen Eide**, welchen der Prätor durch eine Einrede ſchützt, wenn demſelben zuwider, gegen denjenigen, der ihn geſchworen hat, Klage erhoben wird, wie Georg Ludw. Böhmer [71]) gegen Wernher [72]) ſehr gründlich gezeigt hat. Der Sinn iſt alſo der, es mag Jemand belangt werden, mittelſt welcher Klage er will, hat er einmahl geſchworen, ſo kann er ſich durch die ihm deshalb zuſtehende Einrede ſchützen, weil der Prätor wider denjenigen, welcher geſchworen

hat,

70) MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 43. POHL Diſſ. de indole iurisiurandi in iudicio delati. §. 7. und Danz Grundſätze des ordentl. Prozeſſes §. 370.

71) Diſſ. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum §. 11.

72) Obſervat. for. Tom. I. P. IV. Obſ. 151. nr. 505.

hat, ſeine Klage geſtattet [73]). Allein auch der gerichtliche Eid iſt durch die Erklärung der römiſchen Rechtsgelehrten, dem Geiſt des Edicts gemäß, auf alle Klagen ausgedehnt worden, deren Gegenſtand ſo beſchaffen iſt, daß in Anſehung deſſelben ein Transact Statt findet, ſie mögen aus erlaubten oder unerlaubten Handlungen entſpringen. Daher ſagt **Ulpian**, indem er das Edict des Prätors vom gerichtlichen Eide erklärt, *L. 34. D. h. t.* Juſiurandum et *ad pecunias creditas*, et *ad omnes res locum habet*, ſc. quae *in obligatione* ſunt; und führt zum Grunde an: Nec de iniuria queri adverſarium poſſe, *cum poſſit iusiurandum referre.* Eben dies iſt auch die Meinung des **Paulus**, wenn er *L. 25. §. 3. D. de probat.* ſagt: *In omnibus visionibus* licentiam concedendam eſſe ei, cui onus probationis incumbit, adverſario ſuo de rei veritate iuſiurandum inferre, prius ipſo de calumnia iurante, ut iudex iuramenti fidem ſecutus, ita ſuam ſententiam poſſit formare. Und eben ſo geſtatten nicht nur die Kaiſer **Diocletian** und **Maximian** [74]) in allen bonae fidei iudiciis, ſondern auch Kaiſer **Juſtinian** [75]) den Gebrauch dieſes Eides ohne allen Unterſchied der Klagen, ſoweit keine rechtmäßige Urſache, denſelben zu verwerfen, vorhanden iſt. Es hat daher keinen Zweifel, daß auch bey Privatklagen aus einem Verbrechen, ſofern dadurch die dem Kläger gebührende Genugthuung gefordert wird, die Eidesdelation Statt finde, wenn auch die Klage von der Art ſeyn ſollte, daß ſie der Ehre des Beklagten zum

73) *L. 7. L. 9. pr. D. h. t.*

74) *L. 10. Cod. de reb. cred. et iureiur.*

75) *L. 11. et 12. C. eodem.*

zum Nachtheil gereicht [76]). So kann z. B. über eine Injurie, über einen Schuld gegebenen Diebſtahl, über eine Entwendung unter Ehegatten, (amotio rerum) über Umhauung der Bäume, und andere Verbrechen, ſoweit bloß auf Privatgenugthuung geklagt wird, der Eid deferirt werden, wie folgende Geſetzſtellen beweiſen.

L. 5. §. 8. *D. de iniur.* Hac lege permittitur actori iusiurandum deferre, *ut reus iuret*, *iniuriam ſe non feciſſe.*

L. 13. §. 2. *D. de iureiur.* Idem IULIANUS ſcribit, eum, qui iuravit, *furtum ſe non feciſſe*, videri de toto iuraſſe, atque ideo nec furti, nec condictitia tenetur, quia condictitia, inquit, ſolus fur tenetur. Nunquid ergo, qui iuravit, ſe furtum ne [77]) feciſſe, hoc ſolo nomine [78]), condictione ſi conveniatur, *exceptione*

76) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 10. PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. IV. Obſ. 93. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Spec. CXXXV. med. 9. Fried. von Bülow und Theod. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit 2. Band. Erört. 52. und 3. B. Erört. 29. *Ge. Lud.* BOEHMER cit. Diſſ. §. 11. MALBLANC c. l. pag. 129. und *Ge. Frid.* DEINLIN Diſſ. de licita iurisiurandi iudicialis delatione ſuper facto illicito. *Altorfii 1739.*

77) Haloander, Baudoza und mehrere Codd. Mſpti, auch unſer Erlanger Pandecten-Codex leſen hier ſtatt *ne* beſſer *non.*

78) *Io. van de* WATER Obſervat. iur. Rom. Lib. II. cap. 10. pag. 167. hält die Worte: *hoc ſolo nomine* für corrupt, und lieſet *hoc ſuo nomine*; das iſt, wenn er ſelbſt als Dieb belangt wird. Denn nur in dieſer Hinſicht findet keine Klage weiter Statt.

ne utatur? Caeterum, ſi contendat, qui condicit, *quaſi cum herede ſe furis agere*, non debet repelli, et quaſi μονομερὴς condictio dari debet aduerſus furis heredem [79]).

L. 6. §. 4. *D. de his, qui not. infam.* Sed et ſi, iureiurando delato, iuraverit quis, *non deliquiſſe*, non erit

Statt. Dieſe Leſeart beſtätigen auch die *Baſilica* Tom. III. pag. 122. Ὀμόσας μὴ κλεψαι, ὄυτε τῇ περι κλοπῆς ἀγωγῇ, ὄυτε τῷ ἀπαντοῦντι τὸ κλοπιμαῖον λόγῳ ἐνέχεται ἰδίῳ ὀνόματι i. e. *Qui iuravit, ſe furtum non feciſſe, neque furti, neque condictione furtiva ſuo nomine tenetur.*

79) Was hier das Wort μονομερὴς bedeute, zeigt CUJACIUS Obſervation. Lib. IV. cap. 32. Er erklärt die Stelle ſo: *Quod ex hac ſolum parte reo condicatur, qua furis heres eſt, non et ex illa, qua et fur eſt ipſe, remque dolo malo contrectavit.* In den *Baſilicis* Tom. III. pag. 122. heißt es: ὁ δὲ κληρονόμος τȣ̃ κλέπτον ἐνάγεται τῷ ἀπαιτοῦντι λόγω ἐις τό ἁπλοῦν. i. e. *heres autem furis condictione tenetur in ſimplum.* Man ſehe auch *Iac.* CURTII Εἰκαςῶν. Lib. I. cap. 42. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom. Tom. V. pag. 132.*) und GEBAUER in Nota ad L. 13. §. 2. h. t. *Tom. I. Corp. iuris Goetting. pag. 221.*) In den Gothofrediſchen Ausgaben mit Noten und bey Baudoza ſteht bey μονομερὴς *id eſt, unimembris.* Aus allem erhellet alſo ſoviel, daß der Sinn der Worte der ſey: Die condictio furtiva ſey nach abgeſchwornem Eide nur noch von der Seite begründet, wenn ſie gegen den, welcher geſchworen hat, daß er den Diebſtahl nicht begangen habe, als Erben des Diebes angeſtellet wird. Denn daß die condictio furtiva auch gegen die Erben des Diebes Statt finde, lehrt *L.* 7. §. 2. *D. de cond. furt.* So erklärt dieſe Stelle auch POTHIER in Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. XXXI. not. a. pag. 357.

erit notatus: nam quodammodo innocentiam ſuam iureiurando adprobavit.

L. 9. §. 2. D. de iureiur. Si damnetur quis poſt iusiurandum ex famoso iudicio, famoſum eſſe magis eſt.

L. 28. §. 6. D. eodem. Colonus, cum quo propter ſucciſas forte arbores agebatur ex locato, ſi iuraverit, ſe non ſuccidiſſe, ſive e Lege duodecim Tabularum de arboribus ſucciſis, ſive e Lege Aquilia damni iniuria, ſive Interdicto, quod vi aut clam poſtea convenietur, per *exceptionem iurisiurandi* defendi poterit.

L. 11. § 1. D. de actione rer. amotar. Qui rerum amotarum inſtituit actionem, ſi velit magis iusiurandum deferre, cogitur adverſarius iurare, *nihil divortii cauſa amotum eſſe*, dum prius de calumnia iuret, qui iusiurandum defert.

Viele Rechtsgelehrte [80]) ſind zwar der Meinung, daß in ſolchen Klagen, worunter des beklagten Ehre leidet, die Eidesdelation entweder gar nicht, oder wenigſtens nicht anders zuläſſig ſey, als wenn der klagende Theil ſchon einigen Beweis vor ſich habe. Allein dieſe Meinung iſt ganz ungegründet, weil die angeführten Geſetze offenbar entgegen

80) LYNCKER Deciſ. P. I. Deciſ. 190. et P. II. Deciſ. 973. et 1127. CARPZOV Iurispr. for. P. I. Conſt. XII. Def. 31. und P. III. Conſt. 5. Def. 14. de CRAMER Obſervat. iur. univ. Tom. III. Obſ. 949. pag. 671. ſq. de CANNGIESSER Deciſ. Haſſo Caſſell. Tom. II. Deciſ. 301. nr. 2. und Weſtphals Rechtsgutachten 1. Th. h. t. §. 13. S. 76.

gen ſtreiten, als welche auch in ſolchen Fällen das Recht den Eid zu deferiren derjenigen Parthey, welcher der Beweis obliegt, ſchlechthin ertheilen, und nur den Eid für Gefährde derſelben abzufordern erlauben [81]). Daß auch in Schwängerungsſachen die Eideszuſchiebung zuläßig ſey, leidet um ſo weniger einigen Zweifel, da es eines Theils für eine geſchwächte Perſon hart ſeyn würde, wenn ihr in einer Sache, die ihrer Beſchaffenheit nach gewöhnlich alle andere Beweiſe ausſchließt, das einzige noch übrige Zufluchtsmittel des Eides verſagt ſeyn ſollte, andern Theils aber es hier zugleich auf die Rechte des Kindes ankommt, welche Rückſicht einen jeden andern Geſichtspunct billig überwiegen muß [82]). Dahingegen findet die Eidesdelation

1) in peinlichen Sachen nicht ſtatt, ſofern die Erkennung der Strafe davon abhängt. Denn ſo wenig die Ablehnung des Eides hier einen ſolchen Beweis wider den Angeſchuldigten bewirken kann, der zur Erkennung einer peinlichen Strafe genügt, weil hierzu ein Beweis durch unverwerfliche Zeugen, oder klare Urkunden, oder ſolche Anzeigen erfordert wird, die gar keinen Zweifel übrig laſſen

81) Man vergleiche hier vorzüglich Georg Jac. Fried. Meiſters pract. Bemerkungen aus den Criminal- und Civilrechte 2. Band 2. Bemerk. S. 17. ff. und der Gebr. Overbek Meditationen über verſch. Rechtsmaterien. 7. B. Medit. 365.

82) Meiſter a. a. O. S. 18. ff. WERNHER ſelect. Obſerv. for. Tom. I. P. III. Obſ. 216. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. DLXXXIII. medit. 16. MALBLANC Doct. de iureiur. §. 45. S. 141. Quiſtorp Grundſätze des deutſchen peinl. Rechts. 1. Th. §. 485. und Gebr. Overbek Meditationen 10. Band Medit. 538.

laſſen [83]); eben ſo wenig kann auch durch die Annahme deßelben in peinlichen Fällen die Wahrheit füglich ausgemittelt werden, weil ſich hier nicht voraus ſetzen läßt, daß der Richter in dem Zutrauen auf die Moralität des Schwörenden nicht werde getäuſcht werden, vielmehr das Gegentheil mit Grund zu beſorgen iſt [84]). Es kann ferner der Eid

2) auch nicht über Urtheile aus Thatſachen zugeſchoben werden, welche ihrer Natur nach, wenn ſie auch der eine ſtreitende Theil für wahr halten ſollte, den Richter noch nicht Wahrheit erkennen laßen [85]). Aus dieſem Grunde kann zum Beweis eines Gewohnheitsrechts der Eid nicht deferirt werden, obwohl über einzelne Handlungen, und deren Umſtände, die zur Begründung einer behaupteten Gewohnheit angeführt worden ſind, ſofern der Gegner davon Wiſſenſchaft haben muß, die Eidesdelation nicht für unzuläßig zu halten iſt [86]). Desgleichen kann

3) über ſolche Thatſachen kein Eid deferirt werden, deren Wahrheit anders nicht, als durch eine Beſichtigung, ausgemittelt werden kann, z. B. über eheliches Unvermögen [87]). Auch nicht

4)

83) *L. fin. Cod. de probat.*

84) MALBLANC de iureiur. §. 45. pag. 139.

85) Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 92.

86) MALBLANC de iureiur. §. 44. pag. 134. Grolman in der angef. Theorie §. 92. Martin im Lehrbuch des bürgerlichen Prozeſſes §. 213. Not. n. S. 295. der 2. Auflage. Anderer Meinung iſt THIBAUT im Syſt. des P. R. I. Th. §. 20. a. E.

87) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CCCXV. medit. 7. und Danz Grdſ. der ſummariſchen Prozeſſe §. 139. der Gönnerſchen Ausgabe.

4) über fremde Handlungen, von welchen derjenige, dem der Eid zugeſchoben wird, nichts mit Gewißheit wiſſen konnte. Nicht einmahl zur freywilligen Annahme und Ableiſtung deſſelben iſt er zuzulaſſen, geſchweige denn daß er auf einen ſolchen Eid ſich einzulaſſen, gezwungen werden könnte [88]); es wäre denn, daß der Gegentheil von dem bloßen Glauben deſſen, welchem der Eid deferirt worden, ſein Recht abhängig machen wolle [89]); außerdem kann nur das iuramentum ignorantiae zugeſchoben werden [90]). Viele wollen endlich

5) auch Eheſachen hierher rechnen. Hier ſoll keine Eideszuſchiebung Statt finden, ſofern ſie die Trennung der Ehe zum Zwek hat [91]). Man gründet dieſe Meinung darauf, daß nach Vorſchrift das *cap. fin. X. de transact.* kein Vergleich in Eheſachen zum Zweck der Ehetrennung gelten ſolle; die Eidesdelation aber als eine Art von Transact angeſehen werde. Andere haben dieſe [92]) Meinung näher dahin zu beſtimmen geſucht, daß in Ehe-ſchei-

88) L. 11. §. 2. D. de act. rer. amotar. L. 42. D. de Reg. iur. MALBLANC de iureiur. §. 44.

89) Grolmans Theorie a. a. O. S. 171.

90) Günth. Heinrich von Berg juriſt. Beobachtungen. 2. Th. No. XII. S. 17.

91) CARPZOV Jurisprud. for. P. I. Conſt. 12 Def. 30. PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. I. Obſ. 73 *God.* BARTH Diſſ. de iuramento iudiciali contra matrimonium non admittendo *Lipsiae* 1712. Danz Grundſätze des ord. Prozeſſes §. 370. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4516. Grolman Theorie d. gerichtl. Verfahrens. §. 91.

92) Juſt. Henn. BOEHMER in iure eccles. Proteſtant. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 67. und de BERGER Elect. proceſſ. matrimon. Th. 30.

ſcheidungsſachen zwar der klagende Theil dem Beklagten den Eid zuſchieben könne, weil dieſer, wenn er den Eid annimmt, für die Ehe ſchwört; hingegen der beklagte Theil dem Kläger den Eid nicht zurückſchieben dürfe, weil dieſer wider die Ehe ſchwören würde. Allein ſchon Ludovici [93]) hat dagegen ſehr gründlich bemerkt, daß die angeführte Vorſchrift des Canoniſchen Rechts auf dem Lehrſatz beruhe, daß die Ehe ein Sacrament, und daher das Band derſelben unauflöslich ſey. Da nun die Evangeliſchen, bey denen doch nur eigentlich dieſe Frage vorkommen kann, jenen Satz verwerffen, und daher auch in Eheſachen einen Vergleich ſogar zum Zweck der Trennung der Ehe für gültig erkennen, wenn er nur mit Genehmigung der geiſtlichen Obrigkeit in einem ſolchen Falle geſchloſſen wird, in welchem überhaupt eine Eheſcheidung zuläſſig iſt [94]); ſo iſt unbegreiflich, wie man dennoch aus dem Canoniſchen Recht einen ſo unrichtigen Schluß hat herleiten mögen. Noch mehr aber iſt zu verwundern, wenn man ehemalen ſogar auch in Verlobungsſachen die Zuläſſigkeit des Eides in Zweifel gezogen hat, ſofern er gegen die Vollziehung des Eheverſprechens gerichtet war [95]). Doch dieſer letztere Irrthum iſt nun ſchon längſt widerlegt, und auch aus

93) Einleitung zum Conſiſtorialproceß. Kap. 15. §. 4. u. 5.

94) S. den 5. Th. dieſes Commentars §. 353. S. 50.

95) CARPZOV Iurisprud. Conſiſtor. Lib. III. Def. 44. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 20.

96) *Iuſt. Henn.* BOEHMER Iur. eccles. Prot. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 61—66. BRUNNEMANN Comm. ad Pand. h. t. ad L. 9. nr. 25. et 26. Gundlings rechtliche Ausarbeitungen. 1. Th. S. 172. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 30

aus der Praxis verbannt worden [96]). Allein wenn gleich ſchon mehrere der ältern Rechtsgelehrten [97]) auch eben ſo lebhaft von jenem irrigen Satz überzeugt waren, daß zur Begründung einer Ehetrennung kein zugeſchobener Eid geſchworen werden könne, ſo klagen ſie dennoch die Tyranney der Praxis an, welche, aller Gründe ungeachtet, den Irrthum in Schutz genommen habe, und bis auf den heutigen Tag hartnäckig vertheidige. Mehrere heutige Juriſten-Facultäten [98]) haben indeſſen eingedenkt des Ausſpruchs eines Celſus [99]): Quod non ratione introductum, ſed errore primum, deinde conſuetudine obtentum eſt; in aliis ſimilibus non obtinet, jenen Irrthum zu verlaſſen angefangen, und für die Zuläßigkeit der Eidesdelation in Eheſcheidungsſachen zur Begründung der Ehetrennung geſprochen. Dieſe Meinung verdient auch um ſo mehr allen Beyfall, da ſich kein vernünftiger Grund abſehen läßt, warum nicht über diejenigen Thatſachen, welche eine rechtmäßige Urſache zur Eheſcheidung begründen können, der Eid

WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. III. Obſ. 216. HOMMEL Rhapſod. quaeſt. for. Vol. II. Obſ. 323.

97) So ſagt z. B. WERNHER ſelect. Obſervat. for. Tom. I. P. I. Obſ. 59. *Principium eſt conſtanti uſu fori receptum, quod omnis delatio iuramenti, quae contra matrimonium, ſeu ad illud diſſolvendum facit, ſit probibita. Quod, quamvis non contemnenda ſint ea iuris momenta, quibus hoc principium impugnari ſolet, tam altas in foro radices egit, ut ex animis Practicorum nullo modo evelli poſſe, atque legis vim induiſſe videatur.*

98) Man ſehe hier vorzüglich Georg Jac. Fried. Meiſters praktiſche Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte 2. Band. 1. Bemerk.

99) *L. 39. D. de Legib.*

Eid ſo gut, wie in andern Streitſachen, zur Ausmittelung der Wahrheit gebraucht werden dürfte; im Gegentheil die Beſchaffenheit der die Auflöſung des ehelichen Bandes bewirkenden Handlungen, als welche gewöhnlich im Verborgenen geſchehen, die Zuflucht zu dem Hülfsmittel des Eides beſonders nothwendig macht. Wie unbillig würde es nicht ſeyn, ſolchen Perſonen, welche durch Ehebruch, oder tödliche Nachſtellungen ihres Ehegatten beleidiget, ja in Lebensgefahr geſetzt worden ſind, aber keinen andern Beweis darüber, als den Eid, haben, dieſes Beweismittel zu verſagen, und ſie auf ſolche Art zur Fortſetzung einer unglücklichen, ihnen zur Marter und dem Staat zum Nachtheil gereichenden Verbindung zu nöthigen? Mit Recht haben ſich daher die meiſten neuern Rechtsgelehrten [100]) für dieſe Meinung erklärt. [1])

100) Man ſehe MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 46. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 20. not. r. Tom. II. pag. 154. Meiſter a. a. O. Martin's Lehrbuch des bürgerlichen Proceſſes §. 213. not. l. THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1163. BIENER Syſtem. proceſſ. iudiciar. Tom. I. §. 114. Obſ. 1. pag. 237. MÜLLER Obſervat. pract. ad *Leyſerum* Tom. II. Faſc. I. Obſ. 306. Auſſerdem ſtimmen noch hierin überein LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXXV. medit. 8. WERNHER ſelect. Obſervat. for. Tom. I. P. III. Obſ. 216. *Abr.* KAESTNER in Progr. iuramentum in cauſis matrimonialibus recte etiam negative deferri. *Lipſiae 1727.* *Caſp. Matth.* MÜLLER in Diſſ. de iuramenti delatione contra matrimonium. Mehlen Anleitung zum gerichtl. Prozeß 1 Th. §. 312. u. beſonders *Car. Frid.* WINCKLER in Diſſ. de favore cauſarum matrimonialium nimio e foris proſcribendo. *Goett. 1775.* §. 7. 8. et 9.

1) In der allgemeinen Gerichtsordnung für die preuß. Staaten 1. Th. 10. Tit. §. 256. wird auch in Ehe- ſachen

III. **Wem kann ein Eid zugeſchoben werden?** Der Eid kann nur dem Gegner zugeſchoben werden, den der Rechtsſtreit hauptſächlich angeht. Denn nur wider dieſen führt man den Beweis im Proceß, und nur mit ihm kann man ſich vergleichen [2]). Die Verhältniſſe und Verbindungen, in welchen die ſtreitenden Theile unter ſich ſtehen, machen keinen Unterſchied. Daher können Kinder ihren Eltern, und Eltern den Kindern, Dienſtboten ihrer Herrſchaft, und Unterthanen ihren Landesherrn, wenn unter ihnen Proceſſe entſtehen, den Eid zuſchieben [3]). Auch kommt es darauf nicht an, ob der Delat eine phyſiſche oder moraliſche Perſon [4]) iſt. In Abſicht auf die perſönliche Fähigkeit des Delaten iſt jedoch ein Unterſchied zu machen, ob der Eid gerichtlich oder auſſer Gericht angetragen wird. Im letztern Falle kommt die perſönliche Fähigkeit desjenigen, dem der Eid iſt zugeſchoben worden, in keine Betrachtung, ſondern alles beruhet hier auf der Uebereinkunft der Parthenen. In Beziehung auf dieſe Art der Eidesdelation ſagt daher Paulus *L.* 26.

pr.

ſachen die Eideszuſchiebung ohne Unterſchied geſtattet, der Eidesantrag mag die Fortſetzung, oder die **Trennung der Ehe** bewirken ſollen.

2) **Weſtphals** Rechtsgutachten 1 Th. h. t. §. 11. S. 76. **Danz** Grundſ. des ordentl. Prozeſſes §. 369. und **Martins** Lehrbuch des bürgerlichen Proceſſes §. 213.

3) *L. 14. et L. 15. D. h t.* CARPZOV Reſp. iur. Lib. III. Tit. 8. Reſp. 42. nr. 6. MEIER Colleg. iur. argentorat. h. t. Th. 10. SCHNEIDER vom rechtl. Beweiſe §. 338. beſonders **Joh. Lud. Schmidt** in ſeinen hinterlaſſenen Abhandlungen verſchiedener practiſcher Rechtsmaterien 2. Bd. Nr. 32.

4) Man ſehe oben §. 795. Nr. 6. S. 221. ff.

pr. D. h. t. [5]) Qui iuraſſe dicitur, nihil refert, *cuius ſexus aetatisve ſit*: omni enim modo cuſtodiri debet iusiurandum adverſus eum, qui contentus eo, cum deferret, fuit. Daher kann ein außergerichtlicher Eid nicht nur einem Unmündigen, ſondern auch einer infamirten, oder meineidigen Perſon gültig deferirt, und von derſelben abgeleiſtet werden [6]). Mit einem gerichtlich deferirten Eide hingegen verhält ſich die Sache anders. Denn da dieſer zum Zweck eines dem Richter zu führenden Beweiſes dem Gegner zugeſchoben wird, ſo tritt hier richterliches Ermeſſen ein, ob und in wiefern hier der Delat zu dieſem Zweck für fähig zu halten ſey, oder nicht. Ein ſolcher Eid kann daher keinem Meineidigen zugeſchoben werden, weil hier der Richter nicht wohl vorausſetzen kann, daß er in dem Zutrauen auf die Moralität des Schwörenden nicht werde getäuſcht werden, da ſich derſelbe durch einen bereits begangenen Meineid dieſes Zutrauens verluſtig gemacht hat [7]). Eben ſo wenig kann auch einem Unmündigen ein Eid im Proceß mit der Wirkung zugeſchoben werden, daß er

5) Denn die *L. 26. h. t.* iſt aus PAULI *libro 18. ad Edictum* genommen, worin dieſer römiſche Juriſt vorzüglich über das Edict des Prätors de iureiurando voluntario extra iudicium delato commentirt hat, wie *Ge. Lud.* BOEHMER in Diſſ. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum §. 9. ſehr gründlich bemerkt. Man ſieht dies auch vorzüglich daraus, weil Paulus gleich nachher von der *exceptio iurisiurandi* redet.

6) S. BOEHMER c. l. in Elect. iur. civ. Tom. II. pag. 661. und MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 42. pag. 120.

7) S. MALBLANC de iureiur. §. 42. pag. 125. ſq. anderer Meinung ſind LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. 136. med. 6. und SCHNEIDER in der vollſt. Lehre vom rechtl. Beweiſe. §. 365.

denſelben zu ſchwören für ſchuldig erkannt werden könnte. Dies iſt es, was Ulpian ſagt *L.* 34. §. 2. *D. h. t.* Pupillo non defertur iusiurandum; wie ſchon an einem andern Orte [8]) bemerkt worden iſt. Denn daß Ulpian hier vom gerichtlichen Eide redet [9]), lehrt der ganze Zuſammenhang, beſonders überzeugen uns hievon die gleich nachher folgenden Worte, wo er ſagt: Procurator *non compellitur* iurare, nec defenſor, et ita IULIANUS ſcribit libro 10. Digeſtorum, defenſorem *iurare non compelli.* Dann heißt es: qui iusiurandum defert, *prior de calumnia debet iurare.* Nun findet der Eid für Gefährde nur bey einer gerichtlichen Eidesdelation Statt. Wenn endlich Ulpian im §. 6. der *L.* 34. die Worte des Edicts ſelbſt anführt: *Eum, a quo iusiurandum petetur, ſolvere aut iurare cogam*; ſo iſt vollends keinem weitern Zweifel unterworfen, daß hier blos von dem gerichtlichen Eide die Rede ſey. Wird daher einem Unmündigen in einem gerichtlichen Rechtsſtreite ein Eid deferirt, ſo iſt die Ableiſtung deſſelben, wofern kein anderes Auskunftsmittel Platz greift, aufzuſchieben bis zur erlangten Eidesmündigkeit [10]). Nach der Praxis iſt dieſes auſſer Zweifel [11]), und dem Geiſt des römiſchen Rechts iſt ein ſol-

8) S. den erſten Abſchnitt dieſes 12. Theils §. 793. S. 206.

9) Eben dies bemerkt auch *Ge. Lud.* BOEHMER cit. Diſſ. §. 9. pag. 11. in *Elect. iuris civ.* Tom. II. pag. 662.

10) S. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 42. pag. 126. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4515. not. e.

11) WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. IV. Obſ. 151. nr. 498. et 597. MEVIUS Deciſ. P. VII. Deciſ. 385. WALCH Diſſ. de iurantis legitima aetate. §. 7.

ſolcher Aufſchub auch nicht entgegen [12]). Wenn mehreren Streitgenoſſen der Eid deferirt wird, welche keine Gemeinheit ausmachen, ſo kommt es darauf an, ob ihr Intereſſe theilbar, oder untheilbar iſt. Im erſten Falle müſſen die Intereſſenten ſämmtlich den Eid ableiſten, ſie ſind auch wegen ihres getheilten Intereſſe zu einer einförmigen Erklärungsart über den ihnen angetragenen Eid nicht verbunden, ſondern es können einige den Eid annehmen, ohne daß deswegen die übrigen gehindert ſind, den deferirten Eid zurückzuſchieben [13]). In dem andern Falle hingegen müſſen ſich alle Conſorten, deren Intereſſe untheilbar iſt, zu einer einförmigen Erklärungsart vereinigen, doch hängt es hier von der Wahl und Beſtimmung des Deferenten ab, ob er den Eid nur von einem oder von etlichen Theilnehmern im Namen der übrigen verlangen will, um eine zweckloſe Vervielfältigung der Eide zu verhüten [14]). Einem Dritten, der an dem Rechtsſtreit keinem Antheil hat, kann hingegen der Eides-Antrag nicht geſchehen [15]), ſondern dieſer muß von dem Beweisführer zum

12) *L. 34. pr. D. h. t.* S. BOEHMER Diſſ. cit. de auctoritate iudicis circa iusiur. in iudicio delat. §. 9. in fine.

13) S. Martin von der rechtlichen Natur der Streitgenoſſenſchaft. §. 10. (in dem Magazin für den gemeinen teutſchen bürgerlichen Proceß. 1. Bandes 2. Heft. S. 233. ff.

14) S. Danz Grdſ. des ord. Proceſſes §. 369. von Bülow und Hagemanns prakt. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit. 3. Band. Nr. 21. Not. e. S. 141. und 5. B. S. 280. und Weſtphals Rechtsgutachten 1. B. h. t. §. 11. S. 76.

15) *Ge. Lud.* BOEHMER Diſſ. cit. §. 10.

Zeugen ernannt, und mit dem Zeugeneide belegt werden [16]). Man nimmt indeſſen den Fall aus, wenn der Dritte, ob er wohl nicht perſönlich in dem Proceß als Gegenparthey erſcheint, doch juriſtiſch als eine Perſon mit der Gegenparthey betrachtet werden muß [17]). Daher kann der Schuldner, wenn er mit dem Ceſſionar im Streit befangen iſt, noch immer dem Cedenten den Eid antragen, dem Ceſſionar aber nur dann, wenn er ebenfalls über Gewißheit ſchwören kann [18]). Wenn Perſonen Namens Andrer vor Gericht ſtreiten, ſo kommt es darauf an, ob der Eid ihre eigene Handlungen betrift, oder fremde. Im erſten Falle müſſen ſie ſich auf den Antrag einlaſſen, in dem letztern Falle hingegen ſteht die Annahme nur in ihrer Willkühr, vorausgeſetzt, daß ſie, ſofern der Eid auf ihr Wiſſen geſtellet wird, von den fremden Handlungen etwas wiſſen können [19]), es ſey denn, daß der Gegentheil von dem bloßen Glauben derſelben ſein Recht abhängig machen wolle [20]). Hiernach ſind nun die Fragen zu entſcheiden, ob und in wiefern den Vormündern und Curatoren in Sachen ihrer Mündel und Pflegbefohlnen, ferner den Sachwaltern

16) S. Weſtphals Rechtsgutachten 2. Band. Nr. 131. S. 227. Nr. 6. u. 7.

17) S. Weſtphal a. a. O. S. 227. und Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 91. Not. a. S. 167.

18) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCI. medit. 5. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. Part. I. Obſ. 338. Danz Grdſ. des ord. Proceſſes §. 369. und beſonders MÜLLER ad *Leyſerum* Tom. II. Faſc. II. Obſ. 419.

19) THIBAUT Syſtem des P. R. 3. B. §. 1163.

20) Grolman's Theorie §. 92. S. 171.

tern und andern Verweſern fremder Geſchäfte in Sachen ihrer Principale der Eid zugeſchoben werden könne [21])? Folgende Geſetzſtellen verdienen hier bemerkt zu werden.

L. 5. Cod. de rebus cred. et iureiur. Cum etiam a pupillorum tutoribus, velut ab ipſis pupillis, relicta fideicommiſſa videantur, ſuper fideicommiſſis praeſes provinciae cognoſcet: et ſi id tibi relictum eſſe conſtiterit, reddi tibi efficiet. Idem ſi inficietur, ad iusiurandum, ut deſideras, tutorem adiget.

Es iſt hier von einem ſolchen Falle die Rede, wo Jemand ſein unmündiges Kind zum Erben eingeſetzt, und dem ihm beſtellten Vormund mündlich die Auszahlung eines Fideicommiſſes auferlegt hatte. Ein ſolches Vermächtniß iſt eben ſo gültig, als ob es dem Erben ſelbſt wäre auferlegt worden [22]), weil der Vormund des Pupillen Perſon vorſtellt. Wird alſo dem Vormund der Eid

 hier-

21) S. LEYSER Medit. ad Pand. Specim. CXXXVI. medit. 1—5. PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. I. Obſ. 181. WERNHER Obſervat. for. Tom. II. P. VI. Obſ. 431. KIND Quaeſt. for. Tom. III. cap. 54. BIENER Syſt. proceſſ. iudiciar. Tom. I. §. 101. und von Berg Juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle. 2. Th. Nr. XII.

22) *L. 69. §. 2. D. de legat. II.* Mater, filio impubere herede inſtituto, tutorem eidem adſcripſit, eiusque fidei commiſit, *ut, ſi filius ſuus intra quatuordecim annos deceſſiſſet, reſtitueret heredem Sempronio*: non ideo minus fideicommiſſum recte datum intelligi debet, quia tutorem dare mater non potuit. Nam et ſi pater, non iure facto teſtamento, tutoris fidei commiſerit, aeque praeſtabitur, quemadmodum ſi iure teſtamentum factum fuiſſet: ſufficit enim, ut ab impubere datum fideicommiſſum videatur

hierüber deferirt, ſo ſchwört er über ſeine eigene Handlung. Er muß ſich alſo im Leugnungsfalle auf den Eidesantrag einlaſſen. Dies iſt der eigentliche Fall des Geſetzes, wie es auch Janus a Coſta [23]) erklärt hat, und inſonderheit die Baſiliken [24]) beſtärken, in welchen daſſelbe auf folgende Art paraphraſirt iſt:

Τελευτῶν τις ἔγραψε τὸν ἑαυτοῦ παῖδα ἄνηβον ὄντα κληρονόμον, δεδωκώς αὐτῷ ἐπίτροπον· καί ἐκ τοῦ ἐπιτρόπου κατέλιπε ληγάτον ὁ ληγατάριος προσῆλθεν αὐτῶν τὸν ἐπίτροπον καταβαλεῖν αὐτῷ το ληγάτον, καὶ ἠρνήσατο ὁ ἐπίτροπος, καὶ ἀντιγράψει πρὸς αὐτὸν ὁ βασιλεὺς οὕτως· ὅτι ἐκ τοῦ ἐπιτρόπου καταλειφθῆναι τὸ ληγάτον ἀμφιβάλλεται, εἰ μὲν ὁμολογεῖται, καταβάλλεται· εἰ δέ ἀρνεῖται ὁ ἐπίτροπος, ἀναγκάζεται ὀμόσαι περὶ τούτου. i. e. *Quidam decedens filium ſuum adhuc impuberem heredem inſtituit, dato ei tuore: et a tutore legatum reliquit. Legatarius tutorem adiit, petiitque, ut legatum ſibi relictum praeſtaret: qui legatum a ſe relictum inficiatus eſt. Imperator igitur in hanc ſententiam ei reſcribit. Quoniam ambigitur, an legatum a tutore relictum ſit, ſiquidem relictum eſſe conſtet, praeſtandum eſt: ſi vero tutor inficietur, de eo iurare compellitur.*

L. 4. pr. D. de in litem iur. Videamus in tutelari cauſa quis iurare et adverſus quem poſſit? Et quidem ipſe

deatur ab eo dari, quem is, qui dabat, tutorem dederat, vel etiam tutorem fore arbitrabatur. Idem in curatore minoris debet probari. — *L. 20. Cod. de Fideicomm.* Etiam a pupillorum tutoribus, velut ab ipſis relicta fideicommiſſa, debentur.

23) *Ad L. 5. C. de reb. cred.* in Praelection. ad illuſtriores quosdam Titulos, locaque ſelecta iuris civ. pag. 163.

24) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. Conſt. 47. pag. 131.

ipſe pupillus, ſi impubes eſt, non poteſt: hoc enim ſaepiſſime reſcriptum eſt. *Sed nec tutorem cogendum, DD. Fratres reſcripſerunt: grave enim videbatur, et ignorantes et invitos tutores, ſub alieni compendii emolumento, etiam periurium anceps ſubire.*

L. 34. §. 3. *D. h. t.* Procurator *non compellitur* iurare, nec defenſor, et ita IULIANUS ſcribit *libro* 10. *Digeſtorum*, defenſorem iurare non compelli.

IV. Wie muß der Eid deferirt werden?

1) Das Factum, worüber der Eid zugeſchoben wird, muß nach allen Umſtänden, wovon die Wahrheit deſſelben abhängt, genau beſtimmt ſeyn. Vor Gericht darf daher kein Eid in folle deferirt werden [25]). Wenn alſo z. B. der Eid wegen eines begangenen Betrugs deferirt wird, ſo darf dies nicht im Allgemeinen auf eine ſolche Art geſchehen, daß der Gegner ſchwören ſoll, den Deferenten nicht betrogen zu haben, ſondern der Eidesantrag muß auf ſolche Thatſachen gerichtet werden, woraus ſich ein Dolus ergiebt [26]). Jedoch gilt dieſer Satz nur von gerichtlichen Eiden. Denn wird ein Eid auſſergerichtlich deferirt, ſo kann der Antrag auch im Allgemeinen geſchehen, wenn ihn der Gegner in dieſer Form annimmt, weil ein ſolcher Eid lediglich von der Uebereinkunft der Partheyen abhängt [27]).

Daher

25) *Ge. Lud.* BOEHMER Diſſ. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. §. 12.

26) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCLXXV. medit. 35. et 36. und von Berg juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle. 1. Th. Nr. 29.

27) *L.* 9. §. *ult. D. h. t. L.* 11. *pr. D. eodem.*

Daher kann z. B. der Beſitzer einer Sache demjenigen, welcher behauptet, daß die Sache ſein Eigenthum ſey, den Eid geradezu darüber deferiren, wenn gleich der Delat keine weiteren Gründe ſeines Anſpruchs angeführt hat; und ſchwört dieſer den Eid, ſo begründet derſelbe die Publicianiſche Klage gegen den Deferenten. Wird hingegen der Eid dem Beſitzer angetragen, und dieſer ſchwört, daß die Sache dem Deferenten nicht gehöre, ſo giebt ihm der Eid eine Einrede, womit er ſich gegen den Deferenten ſchützen kann, wenn dieſer dennoch die Sache nachher gerichtlich als die ſeinige in Anſpruch nimmt [28]).

2) Der Eid darf keinem Dritten, der an dem Prozeß keinen Antheil nimmt, zum Nachtheil gereichen. Daher kann weder einem concursmäßigen Schuldner der Eid zum Nachtheil ſeiner Gläubiger deferirt, noch von dieſem der Eid zum Nachtheil ſeiner Gläubiger angetragen werden [29]); und der Eid, den der Kläger oder der Beklagte geſchworen hat, giebt zwar dieſem ein Recht, allein einem Dritten kann dieſer Eid an der Verfolgung ſeines Rechts nicht hindern [30]).

§. 800.

28) *L. 7. §. 7. D. de public. in rem act.* Man ſehe des 8. Theils 1ſte Abtheilung. §. 585. S. 189.

29) *L. 9. §. 5. D. h. t.* Sed et ſi quis in fraudem creditorum iusiurandum detulerit debitori, adverſus exceptionem iurisiurandi replicatio fraudis creditoribus debet dari. Praeterea ſi fraudator detulerit iusiurandum creditori, ut iuret, ſibi decem dari oportere, mox bonis eius venditis experiri volet, aut denegari debet actio, aut exceptio opponitur fraudatorum creditorum.

30) *L. 9. §. 7. D. eodem.*

§. 800.

Die gerichtliche Eidesdelation als Beweismittel betrachtet.

So ſehr man auch ehemals darüber ſtritte, ob die Eidesdelation zu den Beweismitteln zu rechnen ſey, oder nicht; ſo iſt doch jetzt die bejahende Meinung unſtreitig die herrſchende, inſofern nämlich von dem gerichtlichen Eide die Rede iſt. **Juſt. Henning Böhmer** [31]) hat dieſes auſſer allen Zweifel geſetzt. Nur darüber iſt man noch nicht einverſtanden, ob die Eidesdelation blos ein ſubſidiariſches Beweismittel ſey, oder nicht vielmehr ein ſolches, deſſen ſich diejenige Parthey, welcher die Beweislaſt obliegt, auch dann bedienen könne, wenn ihr auch die Beweisführung auf andre Art möglich wäre? **Leyſer** [32]) und **Cocceji** [33]) behaupten das erſtere. Allein das letztere, welches die meiſten [34]) annehmen, iſt ohne Zweifel den Geſetzen gemäßer. Denn dieſe überlaſſen es ganz der Willkühr des Beweisführers, ob er ſich der Eidesdelation, oder eines andern Beweismittels bedienen wolle [35]), und neh-

31) Diſſ. de probatione per delationem iuramenti. *Halae 1743.*

32) Meditat. ad Pand. Tom. II. Specim. CXXXVII. meditat. 5.

33) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 25. in fin.

34) *Io. Chriſt.* KOCH Diſſ. de eo, quod iuſtum eſt circa delationem iuramenti litis deciſorii. §. 13. *Franc.* KROHN Diſſ. Selecta capita proceſſualia de probationibus et reprobationib. exhib. (*Erlangae 1782.*) Cap. I. EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. Qu. 25. not. X. Tom. II. pag. 157. Danz Grdſ. des ordentl. Proceſſes §. 241. und 367. THIBAUT Syſt. des P. R. 3. Th. §. 1163. a. E. u. a. m.

35) *L. 25. §. 3. D. de probat. L. 34. §. 6. D. h. t. L. 32. Cod. de fideicomm. L. 9. 11. et 12. Cod. de reb. credit. et iureiur*

nehmen nur einige wenige Fälle aus, wo die Eidesdelation bloß in Ermangelung anderer Beweismittel Statt haben ſoll, nämlich wenn Vormünder in Sachen ihrer Mündel den Eid deferiren [36]), oder der Eid als Gegenbeweismittel wider eine öffentliche Urkunde gebraucht werden ſoll [37]). Es fragt ſich aber, ob nicht derjenige, welcher ſich der Eidesdelation bedienen will, ſeine Behauptung wenigſtens ſchon einigermaßen wahrſcheinlich gemacht haben müſſe? Mehrere Rechtsgelehrten [38]) wollen dieſes wirklich behaupten. Allein, wofern nicht etwa die Proceßordnung eines Landes [39]) dieſes zur Bedingung gemacht hat,

iur. Man ſehe auch die preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 10. Tit. §. 253.

36) *L. 35. pr. D. h. t.* VOET *h. t. §. 12.*

37) *L. 22. §. 10. Cod. de iure delib.* Licentia danda ſit creditoribus ſeu legatariis vel fideicommiſſariis, ſi maiorem putaverint eſſe ſubſtantiam a defuncto relictam, quam heres in inventario ſcripſit, quibus voluerit legitimis modis, quod ſuperfluum eſt, approbare vel per tormenta forſitan ſervorum hereditariorum, — *vel per ſacramentum illius, ſi aliae probationes defecerint.* S. MALBLANC Doct. de iureiur. §. 48.

38) COTHMANN Vol. II. Reſp. 82. MASCARDUS de probation. Vol. II. Concl. 958. nr. 7. MEVIUS P. VI. Deciſ. 405. et P. IX. Deciſ. 78. FABER Cod. Sabaud. Lib. IV. Tit. 1. Def. 23. de CRAMER Obſervat. iur. univ. Tom. III. Obſ. 956. und beſonders *Franc.* ALEF in Diſſ. de viribus iuramenti reo ſine ullo praeſumtionis adminiculo ab actore delati. *Heidelbergae 1757.* Cap. 2.

39) Wie z. B. die Bremiſche Hofgerichtsordnung vom Jahr 1675. P. II. Tit. 18. §. 1. S. PUFENDORF Tom. II. Obſ. 151. ferner die Frankfurter Reformation P. I. Tit.

hat, ſo läßt ſich mit Grund behaupten, daß die Eidesdelation Statt finde, wenn gleich derjenige, welcher ſich derſelben bedienen will, nicht einmal eine Vermuthung für ſich haben ſollte 40). Denn die Geſetze des gemeinen Rechts haben auch hierin der Willkühr des Beweisführers im Gebrauche der Eidesdelation auf keine Weiſe Schranken geſetzt 41), ſondern ertheilen ihm vielmehr das Recht, den Eid zu deferiren, ſchlechthin, und verpflichten ihn bloß zur Ableiſtung des Eides für Gefährde, wenn ihn die Gegenparthey verlangt 42). Ja es beſteht eben darin der Hauptnutzen der Eideszuſchiebung, daß man bey Ermangelung aller andern Beweismittel dazu ſeine Zuflucht nehmen kann 43). Daher kann der Eid ſogar dann zugeſchoben werden, wenn auch die Behauptung des Deferenten an ſich

Tit. 39. §. 13. et 14. S. KOCH Diſſ de eo, quod iuſtum eſt circa delationem iuramenti litis deciſorii Cap. II. §. 14.

40) Dieß behaupten mit Recht VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 12. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 24. VINNIUS Select. iur. Quaeſt. Lib. I. cap. 42. a PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom II. Obſ. 151. LEYSER Specim. CXXXV. medit. 5. *Ge. Lud.* BOEHMER in Diſſ. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. §. 14. KOCH Diſſ. de eo, quod iuſtum eſt circa delationem iuramenti litis deciſorii. Cap. II. §. 12. et 13. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 52. Danz Grundſ. des ordentl. Proceſſes. §. 241. und Meiſter in den prakt. Bemerkungen aus dem Crim. und Civil-Rechte 2. Bd. Bem. 2. S. 19.

41) *L. 34. §. 6. D. h. t.* wo der Prätor ſagt: *Eum. a quo petetur iusiurandum, aut iurare, ant ſolvere cogam.* Dies wiederholen nochmals die Kr. Diocletian und Maximian in der *L. 9. C. de reb. cred.*

42) *L. 25. §. 3. D. de probat.*

ſich unwahrſcheinlich wäre, weil dasjenige, was auch an ſich unwahrſcheinlich iſt, dennoch wahr ſeyn kann [44]). Diejenigen, welche das Gegentheil behaupten, vermiſchen offenbar den freywilligen Eid mit dem nothwendigen. Man ſieht dies deutlich aus den Beweisſtellen, wodurch ſie ihre Meinung unterſtützen. Ihre Hauptſtütze iſt das *cap. ult. X. h. t.* wo es heißt: Sane ſi actor omnino in probatione defecerit, reus debet, etſi nihil praeſtiterit, obtinere; *praeſumtione vero faciente pro illo, reo deferri poteſt, ad oſtendendam ſuam innocentiam, iuramentum*: niſi iudex, inſpectis perſonarum et cauſae circumſtantiis, illud actori videat deferendum. Allein es leuchtet in die Augen, daß hier nicht von dem freywillig angetragenen, ſondern von dem nothwendigen Eide die Rede iſt, welchen im Falle eines unvollkommenen Beweiſes der Richter auflegt, und zwar, wie es die Umſtände erfordern, zuweilen dem Producten, welches dann der Reinigungseid genannt wird, wovon in dem angeführten Text die Rede iſt, zuweilen dem Producenten, welches man den Ergänzungseid nennt.

Ob der Eid bloß in dem ordentlichen, oder auch in dem executiv Proceß Statt finde? iſt ebenfalls unter den Rechtsgelehrten ſtreitig. Einige [45]) zählen die Eidesdelation zu den liquiden Beweismitteln, und laſſen ſie daher auch

43) *L. 35. pr. D. h. t. L. 22. §. 10. Cod. de iure delib.*

44) S. Weſtphals Rechtsgutachten 2. Band Nr. 131. S. 227.

45) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Sp. CXXXV. medit. 2. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 51. MÜLLER ad *Leyſerum* Tom. II. Faſc. I. Obſ. 304.

auch im executiviſchen Proceſſe zu. Andere[46]) hingegen läugnen dieſes ſchlechterdings. Daß zur Begründung einer Executivklage keine Eideszuſchiebung gebraucht werden könne, iſt wohl keinem Zweifel unterworfen, weil der Geiſt des Executivproceſſes klare Urkunden fordert, und ſchon die erſte Verfügung des Richters bey einer Executivklage, der Natur derſelben gemäß, auf Vorlegung der Documente gerichtet iſt[47]). Allein es fragt ſich, ob nicht wenigſtens dem Beklagten zur Begründung ſeiner Einreden die Eidesdelation im Executivproceſſe geſtattet ſey? Diejenigen, welche überhaupt die Zuläßigkeit des Eides im Executivproceß läugnen, wollen auch dem Beklagten den Gebrauch deſſelben nicht geſtatten, weil, dem Grundſatz der rechtlichen Gleichheit beyder Theile zu Folge, in einer beſtimmten Proceßart ſich der Beklagte zum Beweis ſeiner Vertheidigungsgründe keiner Beweismittel bedienen dürfe, worauf der Kläger ſeine Klage nicht bauen kann[48]). Allein auch davon abgeſehen, daß die Rolle des Beklagten in jedem bürgerlichen Rechtsſtreite immer vortheilhafter iſt, als die

46) Danz Grundſätze der ſummariſchen Prozeſſe §. 84. der 3. Ausgabe, und Gönner im Handbuche des teutſchen gemeinen Prozeſſes 2. Band. Nr. LI.

47) S. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. II. cap. 2. §. 2. und beſonders EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 34. not r. Tom. II. pag. 163.

48) WERNHER ſelect. Obſervat. for. Tom. I. P. I. Obſ. 36. BERGER Elect. Proceſſ. executivi. §. 38. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercitat. XIII. §. 16. Deltze Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 102. lit. D. S. 129. und Gönner a. a. O. §. 3.

die des Klägers [49]), ſo paßt ja der Grund gar nicht auf den Beklagten, aus welchem dem Kläger jenes Beweismittel nicht geſtattet iſt, weil dieſer nicht eben ſo, wie der Kläger, ſeine Intention gerade auf klare Brief und Siegel zu gründen benöthiget iſt, ſondern ſeiner Pflicht ein Genüge thut, wenn er ſeine Einrede ſogleich liquid macht [50]). Dies wird nun allerdings durch die Eidesdelation bewirkt, weil dadurch ohne Verluſt von Zeit und Koſten die erforderliche juriſtiſche Gewißheit hergeſtellt werden kann. Der Kläger gewinnt dabey an Beſchleunigung ſeiner Rechtsſache um ſo mehr, da er durch dieſes Mittel zum Richter in ſeiner eigenen Sache gemacht, und durch Leiſtung des ihm zugeſchobenen Eides, die Einreden ſeines Gegners ſofort aus dem Wege zu räumen, in den Stand geſetzt wird [51])? Wie könnte alſo der Kläger, dem an dem ſchnellen Ausgange des Rechtsſtreits gelegen iſt, leichter zum Ziele gelangen [52])? Aus gleichem Grunde kann ſich auch der Kläger im Executivproceß zur Begründung ſeiner Replic der Eidesdelation bedienen [53]). Was iſt denn auch der Dif-

feſ-

49) *L. 125. D. de Reg. iur. Cap. 26. X. de Sentent. L. 8. Cod. de edendo.*

50) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 34.

51) Einverſtanden hierin ſind auch Ludovici in der Einleitung zum Civilproceß. Kap. 3. §. 20. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 23. Weſtphals Rechtsgutachten 1. B. h. t. §. 10. und der Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 9. Band. Meditat. 479. §. 4. S. 273. ff.

52) Gönner kann dies ſelbſt nicht läugnen. Man ſehe im angeführten Handbuch 2. B. Nr. LI. §. 4. S. 531.

53) S. Weſtphals Rechtsgutachten 1. Band h. t. §. 10. S. 75.

feſſionseid, wodurch der Beklagte die Unrichtigkeit des Documents erhärtet, anders, als ein von dem Producenten zugeſchobener Eid [54])?

Wenn ehe muß nun aber der Eid im Proceß deferirt werden? Es iſt vor allen Dingen darauf zu ſehen, ob in der Proceßordnung des Landes [55]) eine Friſt beſtimmt iſt, binnen welcher die Eidesdelation geſchehen müſſe, oder nicht. In erſtem Falle muß die vorgeſchriebene Friſt beobachtet werden, und es findet nach Ablauf derſelben die Eidesdelation in der Regel nicht mehr Statt. In dem letztern Falle hingegen kann dieſelbe nach gemeinem Rechte ſo lange geſchehen, als noch nicht zum Urtheil geſchloſſen worden iſt. Nach dem ältern römiſchen Recht vor Juſtinian mußte zwar die Eidesdelation noch vor der Litiscontestation geſchehen, wie **Malblanc** [56]) gezeigt hat. Allein wie ſich nach und nach die Gerichtsform bey den Römern änderte, und der Unterſchied zwiſchen dem, was bey Verhandlung eines gerichtlichen Rechtsſtreites in iure, und was in iudicio geſchehen mußte, aufgehoben wurde, ſo ward es nun Grundſatz, daß die Eidesdelation in jedem

 Thei-

54) S. MALBLANC Doct. de iureiur. §. 50. Danz Grundſätze des ordentl. Proceſſes. §. 334. THIBAUT Syſt. des P. R. 3. Th. §. 1181. S. 103. der 3. Ausg. Anderer Meinung ſind Gönner im angef. Handbuche 2. B. Nr. XLVI. §. 13. S. 378. HOFACKER Princip. iur. civ. P. R. Tom. III. §. 4462. und Martin im Lehrbuch des gemeinen Prozeſſes §. 203. Not. d.

55) Beyſpiele hiervon enthalten die ſächſiſche und preußiſche Gerichtsordnung.

56) Doctr. de iureiur. §. 53.

Theile des Proceſſes, zu Anfange, in der Mitte, oder auch noch am Schluße geſchehen könne[57]). Es entſteht aber die Frage, ob auch in dem heutiges Tages beſonders gewöhnlichen Falle, da vom Richter oder vom Geſetz ein Beweistermin vorgeſchrieben iſt, die Eidesdelation auch noch nach Verfluß deſſelben zuläßig ſey? Es iſt dieſe Frage unter den Rechtsgelehrten ſehr ſtreitig. Viele[58]) verneinen ſie aus dem Grunde, weil die Eideszuſchiebung unter die Beweismittel gehöre, und daher nach Ablauf der Beweisfriſt eben ſo wenig für zuläßig gehalten werden könne, als der Gebrauch eines andern Beweismittels. Man fügt noch den Grund hinzu, daß wenn man das Gegentheil behaupten wollte, die peremtoriſche Kraft des Beweistermins nach Gefallen vereitelt werden könnte, welche doch das gemeine Beſte zum Zweck hat, und dazu dienen ſoll, die Proceſſe abzukürzen, und alle durch die Verlängerung der Beweiſe zu beſorgende proceſſualiſche Weitläuftig-

57) *L. 12. Cod. de reb. cred. Nov. LXXIII. cap. 4.* In der erſtern Stelle heißt es: Omne igitur iuramentum, ſive a iudicibus, ſive a partibus inlatum, vel *in principio litis*, vel *in medio*, vel *in ipſa definitiva ſententia* ſub ipſo iudice detur, non exſpectata vel ultima definitione vel provocationis formidine.

58) *Iuſt. Henn.* BOEHMER in Diſſ. de probatione per iuramenti delationem. §. 20. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. I. Sect. I. Membr. 3. Cap. 5. §. 6. Knorre Anleitung zum gerichtl. Proceß 1. Buch. Hptſt. 13. §. 3. Nettelbladt Anleituug zur pract. Rechtsgelahrtheit §. 292. Sieber Anleitung zum Proceß §. 195. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 25. not. x. Martin Lehrbuch des gemeinen bürgerl. Proceſſes §. 214. GROLMAN Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 186. Not. b. S. 375. SCHNEIDER Lehre vom

tigkeiten zu vermeiden. Andere [59]) hingegen halten die Eidesdelation deſſen ungeachtet auch nach dem Ablauf der Beweisfriſt noch für zuläßig, theils weil das römiſche Recht, deſſen heutiger Gebrauch ſich hierin nicht bezweifeln laſſe, die Eideszuſchiebung in allen Theilen des gerichtlichen Verfahrens bis zum Endurtheil erlaube, theils weil die Eidesdelation als ein Transact anzuſehen ſey, den Partheyen aber freyſtehen müſſe, ſich zu aller Zeit zu vergleichen, und dadurch den Rechtsſtreit beyzulegen. Ueberdem ſey die Eidesdelation ein ſubſidiariſches Beweismittel, und müſſe daher dem Beweisführer noch immer zu Statten kommen, wenn er anfangs mit andern Beweismitteln auszulangen, und hierdurch des höchſt gefährlichen und unſichern Beweismittels der Eidesdelation, wodurch man den Gegner zum Zeugen und Richter in ſeiner eigenen Sache

vom rechtlichen Beweiſe. §. 704. THIBAUT Syſt. des Pand. R. 3. B. §. 1199.

59) Struben rechtl. Bedenken 1. Th. Bed. 164. PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. I. Obſ. 154. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 812. und in Diſſ. de auctoritate iudicis circa iusiur. §. 53. pag. 191. *Chr. Frid.* POHL Diſſ. de indole iurisiurandi in iudicio delati §. 8. Wehrn Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen in bürgerlichen Streitſachen §. 58. Not. 9. S. 97. Danz Grundſ. des ordentl. Prozeſſes §. 262. Schmidts hinterlaſſene Abhandlungen verſchiedener pract Rechtsmaterien. 2. Th. Nr. 29. u. Nr. 70. Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Proceß 1. Th. §. 313. KOECHY Meditationen über die intereſſanteſten Gegenſtände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit. 1. B. 4. Betracht. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4518. und der Gebr. Overbek Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 5. B. Medit. 281.

macht, überhoben ſeyn zu können, geglaubt, ſeine Abſicht aber nicht erreicht hätte: weil es unbillig ſeyn würde, wenn nun ihm dieſes letzte Hülfsmittel, die Wahrheit auszumitteln, entzogen werden, und derſelbe, wegen ſeiner guten Abſicht, nun ſein Recht verlieren ſollte. Unter dieſen Meinungen verdient zwar die erſte in der Theorie den Vorzug, weil die letztere ſich mit der Natur einer peremtoriſchen Beweisfriſt durchaus nicht verträgt, auch das römiſche Recht, welches keine peremtoriſche Beweisfriſt kennt, hier keine Anwendung findet, ſondern nur dann, wenn keine Beweisfriſt vorgeſchrieben iſt, zur Anwendung kommen kann. Die Praxis nimmt indeſſen zum Grundſatz an, daß es dem Beweisführer, wenn er nur während der Beweisfriſt ſeinen Beweis angetreten hat, noch frey ſtehe, ſich in dem Falle, da er durch die gewählten Beweismittel ſeinen Zweck nicht erreicht hat, noch der Eidesdelation zu bedienen, wenn gleich der Beweistermin ſchon abgelaufen ſeyn ſollte, ſofern nur nicht der Beweis wider den Beweisführer ausgefallen iſt [60]). Unter dieſer Vorausſetzung kann denn auch dem Beweisführer die Befugniß, ſeinem Gegner den Haupteid zuzuſchieben, ſelbſt noch in der Appellationsinſtanz nicht abgeſprochen werden [61]), weil ihm in

60) MEVIUS Part. IV. Decis. 5. REINHARTH ſelect. Obſervat. ad Chriſtinaeum Vol. III. Obſ. 1. Conſil. Tubing. Tom. IX. Conſil. 20. nr. 19. ſqq. STRYK de cautel. iuramentor. P. IV. Sect. I. Cap. I. nr. 10. ſqq. von Bülow u. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit 1. Bd. Erört. 57.

61) MEVIUS P. VIII. Deciſ. 49. Weſtphals Rechtsgutachten 1. Band h. t. §. 9. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4518. fin.

in den Reichsgeſetzen [62]) ausdrücklich nachgelaſſen worden iſt, noch in dieſer Inſtanz neuen beſſern Beweis beyzubringen.

Da die Beweisführung nach der Regel: iudici fit probatio, zur Sphäre der richterlichen Beurtheilung gehört, ſo ergiebt ſich hieraus von ſelbſt, daß der Richter nicht nur berechtiget, ſondern auch verbunden ſey, die Vollführung des Beweiſes durch einen Eid auf eine ſolche Weiſe zu leiten, wie ſie erfordert wird, damit der Zweck erreicht, und der Richter von der Wahrheit des ſtreitigen Factums überzeugt werden könne [63]). Daher legt Juſtinian [64]) einem gerichtlich deferirten Eide nur inſofern eine rechtliche Wirkung bey, als er vom Richter genehmiget, oder unter richterlicher Auctorität iſt zugeſchoben worden. Vorzüglich aber iſt die Zuläſſigkeit der Eideszuſchiebung ein Object der richterlichen Prüfung. Der Richter tritt hier von Amtswegen auf, und verwirft eine unzuläſſige Eidesdelation, wenn auch ihre Statthaftigkeit noch durch keine Einrede angefochten war [65]). Aus dieſem Grunde darf daher der Richter

62) Jüngſter Reichsabſchied v. J. 1654. §. 73. 74. und 118.

63) S. Gönners Handbuch des gemeinen Proceſſes 2. Th. Abh. XLIX. §. 7. und *Ge. Lud.* BOEHMERI Diſſ. de auctotitate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. §. 6.

64) *L. 12. §. 1. Cod. de reb. credit.* Sed iuramento illato, *cum hoc a partibus factum fuerit, et a iudice approbatum:* vel *ex auctoritate iudicis cuicunque parti illatum*: ſi quidem is, cui imponitur ſacramentum, nihil ad hoc fuerit reluctatus, hoc praeſtetur vel referatur: neceſſitate ei imponenda, cui iure refertur, relationis ſacramentum ſubire.

65) S. Gönners Handbuch 1. Band Abth. 10. §. 26. S. 266.

ter keine Eidesdelation über Reprobatorial-Artikel zulaſſen, die den Beweisartikeln direct entgegenſtreiten. Zwar hat es keinen Zweifel, daß ſich der Beklagte zum Beweis ſeiner Einreden eben ſo wohl, wie der Kläger zur Begründung ſeiner Klage, der Eidesdelation bedienen könne [66]); allein zum Beweis des Gegentheils deſſen, was durch den Hauptbeweis hat dargethan werden ſollen, iſt keine Eideszuſchiebung zuläſſig. Denn es war entweder

1) der Beweis vollkommen hergeſtellt; und dann iſt die Eideszuſchiebung nach klaren Geſetzen unerlaubt [67]), weil hier ſchon eine Gewiſſensvertretung vorhanden iſt, welche den Producenten von der Ableiſtung des zugeſchobenen Eides befreyet. Oder

2) der Beweisführer hat nur einen unvollſtändigen Beweis beygebracht. Hier muß auf einen nothwendigen Eid, und zwar, nach Verſchiedenheit der Fälle, auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid, erkannt werden; und es kann daher von der Zuſchiebung eines Eides über das Gegentheil wiederum gar keine Frage ſeyn. Oder endlich

3) der Beweisführer hat gar nichts bewieſen. Dann fällt die Eidesdelation, als überflüſſig, ſchon durch ſich ſelbſt hinweg [68]). So klar dies alles vor Augen liegt, ſo fehlt es dennoch nicht an Rechtsgelehrten [69]), welche der Meinung

66) Danz Grdſ. des ordentl. Proceſſes §. 253.

67) *Cap.* 2. *X. de probat.*

68) S. Gönners Handbuch des gemeinen Proceſſes 2. Band Nr. XLI. §. 7.

69) *Io. Tob.* CARRACH Diſſ. de reprobatione per delationem iurisiurandi licita. *Halae* 1737. rec. 1756. und Nettelbladts Ver-

nung ſind, daß auch durch Eidesdelation ein eigentlicher Gegenbeweis geführt werden könne. Allein dieſe Meinung läßt ſich nur in dem beſondern Falle rechtfertigen, da dem geführten Beweiſe Gründe entgegenſtehen, die im Falle ſie erweislich wären, die ganze Kraft deſſelben vernichten würden. Nur in dieſem Falle findet die Eidesdelation auch gegen Urkunden Statt, ſie ſeyen öffentliche oder Privaturkunden, wenn ihnen z. B. die Einrede der Simulation, des Irrthums, der Verfälſchung, und dergleichen entgegengeſetzt worden iſt [70]. Außerdem muß die Eidesdelation, als ein Mittel, dadurch einen directen Gegenbeweis zu führen, ſchlechterdings verworfen werden, wenn auch der Beklagte ſelbſt derjenige wäre, welcher den Gegenbeweis dadurch führen wollte, weil die Begünſtigung, die ſonſt der Beklagte im Prozeß genießt, ſoweit nie ausgedehnt werden kann, um ihm etwas zu geſtatten, was gegen deutliche Vorſchriften der Geſetze ſtreitet. Hierin haben Kläger und Beklagter gleiche Rechte [71]. Allein eine ande-

Verſuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit. §. 266.

70) *Ge. Lud.* BOEHMER Diſſ. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum §. 12. Nr. III. (in *Elect. iuris civ.* Tom. II. pag. 669.) PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. I. Obſ. 64. §. 7. ſq. *Carl Ferd.* HOMMEL Rhapſod. quaeſtion. for. Vol. III. Obſ. 381. Man vergleiche, was hiervon ſchon an einem andern Orte (§. 795. S. 213.) vorgekommen iſt.

71) Die Gründe der entgegengeſetzten Carrachiſchen Meinung findet man in *Ge. Steph.* WIESAND Progr. de reprobatione per iusiurandum caute inſtituenda. Nr. III. zu *Im. Gottl.* TOEPFER Diſſ. de probatione per iurisiurandi delationem caute inſtituenda, praeſide WIESANDIO *Vitembergae 1790.* defenſa. geprüft und widerlegt.

andere Frage iſt, ob nicht im Gegenbeweiſe erlaubt ſey, dem Producenten über diejenigen Thatumſtände den Eid zu deferiren, worüber bereits die Probatorialzeugen nach den vom Producten eingereichten Interrogatorien abgehört worden ſind? Viele Rechtsgelehrten [72]) vertheidigen in dieſem Falle die Zuläſſigkeit der Eidesdelation aus dem Grunde, weil durch die Interrogatorien keine Beweisführung unternommen werde. Denn etwas anders ſeyen Artikel, etwas anders bloße Fragſtücke. Letztere hätten blos zur Abſicht, dadurch auszuforſchen, ob auch die Zeugen eine hinlängliche Wiſſenſchaft von der Sache hätten, ſie enthielten alſo noch keinen Gegenbeweis. Allein dieſer Grund iſt nicht bündig. Denn indem der Product die Probatorialzeugen über Thatumſtände vernehmen läßt, welche darauf abzielen, den Beweis des Producenten zu entkräften, ſo unternimmt er in der That einen Gegenbeweiß. Es kommt hier nicht auf die Form, ſondern auf die Wirkung an. Nun nimmt der Richter bey ſeinem Erkenntniß auf das, was die Probatorialzeugen auf die von dem Producten eingereichten Fragſtücke geantwortet haben, eben ſo gut Rückſicht, als wenn er in beſter Form Rechtens einen Gegenbeweis geführt hätte. Der Product würde alſo auf ſolche Art den Beweis durch Zeugen und Eidesdelation über einerley Gegenſtände rechtswidrig cumuliren, und den Richter in große Verlegenheit ſetzen, wem er mehr trauen ſolle, den Zeugen, oder dem Eide? Mit Recht läugnen daher auch in die-

72) RIVINUS Enunciat. iuris Tit. XXI. §. 43. *Lud.* MENKEN Tract. ſynopt. proceſſ. iuris commun. et ſax. Tit. IX. §. 11. *God.* BARTH Hodegeta for. Cap. I. §. 42. not. c. nr. 5. p. 206. WERNHER Obſervat. for. Tom. III. P. III. Obſ. 57. und HOMMEL Rhapſod. quaeſt. for. Vol. I. Obſ. 404.

dieſen Falle die Zuläſſigkeit der Eidesdelation die neuern Rechtsgelehrten, unter denen ich einen **Carl Heinrich Geisler** [73]), **Georg Stephan Wieſand** [74]), und **Johann Adam Theophilus Kind** [75]), hier vorzüglich nenne.

§. 801.

Folgen einer geſchehenen Eidesdelation. Annehmung, Zurückſchiebung. Gewiſſensvertretung. Ungehorſam des Delaten, wegen nicht erfolgter Erklärung und deſſen Folge.

Findet nun der Richter keine rechtliche Urſache den zugeſchobenen Eid zu verwerffen, es iſt auch gegen die Statthaftigkeit des geſchehenen Antrages von Seiten des Delaten nichts Erhebliches eingewendet worden [76]); ſo iſt die Folge einer gerichtlich geſchehenen Eideszuſchiebung die, daß ſich der Delat darüber erklären muß, ob er den Eid ableiſten wolle oder nicht. Hierin unterſcheidet ſich vorzüglich die gerichtliche Eideszuſchiebung von der außergerichtlichen, daß bey der letztern dieſe rechtliche Nothwendigkeit, welche bey der gerichtlichen dem Delaten obliegt, wegfällt

73) Animadverſion. ex iure univerſo depromtar. Spicileg. I. *Vitebergae 1787*. Animadv. 3.

74) Cit. Programm. Nr. IV.

75) Quaeſtion. for. Tom. II. Cap. 24.

76) Derjenige, welchem ein Eid zugeſchoben worden iſt, kann nämlich rechtliche Gründe anführen, warum der Eid entweder gar nicht, oder nicht ſo, wie er von dem Deferenten angetragen worden, Statt finde. Solche Beweiseinreden veranlaſſen dann oft ein eigenes Verfahren. S. Danz Grundſätze des ordentlichen Proceſſes §. 375.

fällt [77]). Der Prätor ſagt in ſeinem Edict, ſo wie ſolches Gerhard Noodt [78]) reſtituirt hat: *Eum, a quo iusiurandum petetur, ſolvere aut iurare cogam, ſi is, qui petet iusiurandum, paratus ſit iurare, non calumniae cauſa id ſe poſtulare. Si iusiurandum referre malet, quam iurare, poteſtatem faciam. Si is, qui iusiurandum petet, conditione iurisiurandi non utetur, iudicium ei non dabo.* Den Grund dieſer Verordnung ſetzt **Paulus** [79]) theils in der Abkürzung der Proceſſe, theils in der Billigkeit. Hoc enim, ſagt er, et compendio litium et aequitatis ratione proviſum eſt. Darin weicht alſo die gerichtliche Eidesdelation, als Beweismittel betrachtet, von dem Begriff eines Vergleichs ab, daß es nicht von der Willkühr des Delaten abhängt, ob er den ihm zugeſchobenen Eid annehmen oder ausſchlagen wolle. Dagegen aber hat doch die gerichtliche Eideszuſchiebung darin allerdings eine Vergleichsähnlichkeit behalten, daß die Geſetze den Delaten nicht unbedingt zur Annahme verbinden, ſondern ihm die Wahl geben, den Eid entweder anzunehmen oder zurückzuſchieben [80]); ja nach der Praxis kann er ſogar beydes durch die ſogenannte Gewiſſensvertretung abwenden. Der Delat kann alſo den ihm angetragenen Eid entweder

1) an-

77) S. *Ge. Lud.* BOEHMER Diſſ. cit. de auct. iud. circa iusiurand. in iudicio delatum. §. 3. et 4. in *Elect. iur. civ.* Tom. II. pag. 655.

78) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 284. ſqq.

79) *Sententiar. receptar. Lib. II. Tit. 1. §. 1.* (in *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejuſt. pag. 267.)

80) *L. 34. §. 7. L. 38. D. h. t. L. 25. §. 1. D. de conſtituta pecunia. L. 9. Cod. de reb. credit. et iureiur.*

1) annehmen. Unter der Annehmung (*acceptatio iuramenti*) verſteht man die Erklärung desjenigen, dem ein Eid gerichtlich zugeſchoben worden iſt, daß er den Eid abzuleiſten bereit ſey. Oder er kann

2) den Eid zurückſchieben. Man nennt die Zurückſchiebung des Eides (*relatio iurisiurandi*) die Erklärung des Delaten, daß er den ihm zugeſchobenen Eid nicht ſchwören wolle, ſondern die Ableiſtung deſſelben von dem Deferenten verlange, Oder

3) er kann ſein Gewiſſen mit Beweis vertreten. Unter dieſer Gewiſſensvertretung (*Probatio pro exoneranda conſcientia*) wird die Handlung des Delaten verſtanden, wodurch er den Richter auf eine andere Art, als durch den Eid, von der Nichtigkeit der Behauptung ſeines Gegners zu überzeugen ſucht. Zu dieſer Erklärung wird dem Delaten ein Termin geſetzt, welcher gewöhnlich peremtoriſch iſt, und daher die Wirkung hat, daß, wenn ſich derſelbe nicht erklärt, und die ihm dazu geſetzte Friſt verſtreichen läßt, er nun wegen ſeines Ungehorſams als Geſtändiger behandelt wird [81]). Geht die Eideszuſchiebung auf verſchiedene Puncte, ſo kann auch die Erklärung über dieſelbe verſchieden ausfallen [82]), auf jeden Fall aber bleibt dem Delaten das ihm geſetzlich geſtattete Wahl-

81) *L. 34. §. 9. D. h. t. L. 38. D. eodem.* wo Paulus den Grund anführt: Manifeſtae turpitudinis et confeſſionis eſt, nolle nec iurare, nec iusiurandum referre. *L. 9. L. 12. C. de reb. credit. et iureiur.* S. *Ferd. Aug.* HOMMEL Diſſ. de poena iurare nolentium. *Lipſiae 1748.*

82) S. Danz Grdſ. des ordentl. Proceſſes §. 376.

Wahlrecht unbenommen, wenn auch der Richter blos auf die Abſchwörung des Eides erkannt haben ſollte. Denn eine ſolche Sentenz iſt immer unter der ſtillſchweigenden Bedingung zu verſtehen, wofern der Delat den Eid nicht etwa zurückſchieben, oder ſein Gewiſſen mit Beweis vertreten wolle [83]).

§. 802.

I. Annehmung des Eides und deren Folgen, beſonders wenn der Acceptant vor der Ableiſtung deſſelben ſtirbt.

Hat der Delat den ihm zugeſchobenen Eid angenommen, welches entweder ſchriftlich in der gewöhnlichen Proceßform, oder auch durch eine mündliche Erklärung zu Protokoll geſchehen kann, ſo beſteht die Wirkung einer ſolchen Annehmung darin.

1) Der Delat muß den Eid nun ſchlechterdings ableiſten, oder er wird als Geſtändiger behandelt, wenn er die Ableiſtung ohne Schuld ſeines Gegners verweigert [84]). Es ſin-

83) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXXIX. meditat. 3. 4. et 5. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. II. Obſ. 385.

84) *L. 34. §. 6. D. h. t.* Si non iurat, ſolvere cogendus erit a Praetore. Gewöhnlich behauptet man, der Beklagte verliere auch zur Strafe ſeine Einreden, wodurch er das Recht des Klägers hätte beſtreiten können. S. BERGER Elect. Diceptat. for. Tit. XVI. Obſ. 2. Not. 3. et Supplem. P. II. pag. 386. ſq. HOMMEL Diſſ. de poena iurare nolentium §. 3. et 4. und MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 61. Allein ſollte ein ſolcher Verluſt Statt finden, ſo müßte der Grund entweder in einer beſondern Verordnung der Geſetze, oder in einem geſchehenen Verzichte liegen. Nun läßt ſich weder das eine noch das andere

findet daher nach geſchehener Annahme des Eides weder eine Zurückſchiebung deſſelben, noch eine Gewiſſensvertretung weiter Statt, es wäre denn, daß der Delat unterdeſſen neuen Beweis gefunden hätte, und auch beſcheinigen könnte, daß er vorher keine Wiſſenſchaft davon gehabt habe [85]).

2) Der Deferent hingegen iſt an ſeinen Eidesantrag nicht gebunden, ſondern kann den Eid bis zur wirklichen Ab-

dere mit Grund behaupten. Daß es an einer geſetzlichen Verordnung fehle, geben alle zu. Allein auch der letzte Grund, den man gewöhnlich annimmt, iſt nichtig. Denn man ſehe auch die gerichtliche Eidesdelation als einen bloßen Transact an, ſo läßt ſich doch daraus weiter nichts, als die Uebereinkunft unter den Partheyen herleiten, daß wenn der Beklagte den Eid ſchwören wird, die Behauptung des Klägers für ungegründet gehalten, in dem entgegengeſetzten Falle aber für wahr und erwieſen angenommen werden ſolle. Nun kann ja aber der Beklagte immerhin das Factum der Klage als wahr einräumen, ohne deswegen auch auf die ihm dagegen zuſtehenden Einreden Verzicht zu leiſten. *L. 9. Cod. de except.* Daß auch der Beklagte anfangs die Klage abläugnen könne, und nachher, wenn der Kläger ſeine Intention erwieſen hat, doch noch mit ſeinen Einreden gegen die Anſprüche des Klägers zuzulaſſen ſey, ſagen die Geſetze deutlich. *L. 25. pr. D. de probat. L. 43. pr. D. de reg. iur.* Man vergleiche vorzüglich hierüber *Io. Ad. Th.* KIND Quaeſt. for. Tom. III. Cap. 16. pag. 129. ſqq. Auch WERNHER, der anfangs in Obſervat. for. Tom. I. P. I. Obſ. 107. die entgegengeſetzte Meinung hatte, hat ſie nachher in dem Supplement zu dieſer Obſervation ſehr ausführlich und aus den bündigſten Gründen widerlegt.

85) S. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 55. Danz Grdſ. des ord. Proceſſes §. 377. und von Quiſtorp Beyträge zur Erläuterung verſchiedener Rechtsmaterien Nr. LI. S. 801. folg.

Ableiſtung deſſelben nach Willkühr zurücknehmen. Die Practiker wollen zwar dieſer Willkühr des Deferenten auf mancherley Art Schranken ſetzen. Nach einigen [86]), denen auch Hellfeld beyſtimmt, ſoll die Widerrufung des zugeſchobenen Eides nach der Annehmung deſſelben nur dann Statt finden, wenn der Deferent unterdeſſen neuen Beweis aufgefunden, und auch beſcheinigen oder eidlich erhärten kann, daß er vorher davon keine Wiſſenſchaft gehabt habe, auch der beygebrachte neue Beweis ſo beſchaffen iſt, daß daraus erhellet, der Delat werde einen Meineid begehen. Nach andern [87]) ſoll dem Deferenten, wenn ihn auch der Widerruf des zugeſchobenen Eides noch geſtattet iſt, dennoch eine Veränderung derjenigen Puncte, über welche geſchworen werden ſoll, nach der Annehmung des Eides nicht mehr erlaubt ſeyn, und mit neuem Beweiſe ſoll der Deferent nur dann Gehör finden, wenn er gehörig darthun oder beſcheinigen oder doch eidlich erhärten kann, daß er von dem neu aufgefundenen Beweiſe vorher keine Wiſſenſchaft gehabt habe. Allein wofern nicht die beſondere Proceßordnung eines Landes dieſe oder jene Einſchränkung macht [88]); ſo laſſen ſich dieſelben nach dem gemeinen Rech-

86) Ludovici Einleitung zum Civilproceß Kap. 20. §. 5. WERNHER Obſervat. for. Tom. II. P. X. Obſ. 394. MEVIUS Tom. I. P. II. Obſ. 93. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 26. Struben rechtliche Bedenken 4. Band Bed. 2. *Iuſt. Henn.* BOEHMER Diſſ. de probat. per delationem iuram. §. 27. u. a. m.

87) Danz Grundſätze des ordentl. Proceſſes §. 377.

88) Nach der Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 10. Tit. §. 298. kann ein deferirter Eid nach erfolgter Acceptation anders nicht widerrufen werden, als wenn durch die nachgebrachten

Rechte [89]) nicht annehmen, als welches ohne Unterſchied bis zur wirklichen Eidesleiſtung ſowohl die Zurücknahme des Eides, als auch andere Beweisführung zuläßt. Die Worte: *Si quis ſacramentum intulerit, et hoc r e v o c a r e m a l u e r i t, licere quidem ei hoc facere, et alias probationes, ſi v o l u e r i t, praeſtare, ita tamen, ut huiusmodi licentia usque ad litis tantummodo terminum ei praeſtetur*, wenn man damit die Anfangsworte vergleicht: *Si quis iusiurandum intulerit, et n e c d u m eo p r a e ſ t i t o poſtea (utpote ſibi allegationibus abundantibus) hoc revocaverit*, ſetzen dieſes außer allen Zweifel. Eine beſondere Urſache der Zurücknahme erfordert das Geſetz nicht, genug, daß es der Beweisführer für rathſamer findet, ſich ſtatt des anfangs gewählten bedenklichen Mittels eines andern zuverläſſigern zu bedienen, um die Richtigkeit ſeiner Forderung oder ſeiner Einwendung zu beweiſen. Es ſetzt aber doch die Verordnung des Kaiſers **Juſtinian** voraus, daß auf die Ableiſtung des Eides noch nicht rechtskräftig erkannt ſey. Denn durch die richterliche Sentenz erhält erſt die Acceptation des deferirten Eides eine bürgerliche Verbindungskraft, welche die Zurücknahme des Antrags ausſchließt [90]), wie

ten Beweismittel das Gegentheil von dem, was der Acceptant beſchwören wollen, vollſtändig ausgemittelt iſt. Nach dem *Code Napoleon* Art. 1364. hingegen kann ein angetragener Eid gar nicht mehr zurückgenommen werden, ſobald der Gegentheil einmal erklärt hat, daß er bereit ſey den Eid zu leiſten.

89) *L. 11. Cod. de reb. cred. et iureiur.* Man ſehe über dieſe Verordnung MALBLANC de iureiur. §. 54.

90) S. *Ge. Lud.* BOEHMER Diſſ. cit. de auct. iud. circa iusiur. delat. §. 19. et 20.

wie aus folgenden Worten der angeführten Verordnung erhellet.

Poſt definitivam vero ſententiam, quae provocatione ſuſpenſa non ſit, vel quae, poſtquam fuit appellatum, corroborata fuerit, nullo modo revocare iuramentum, et iterum ad probationem venire, cuiquam concedimus.

Daß hier unter der *ſententia definitiva* das richterliche Erkenntniß zu verſtehen ſey, wodurch dem Acceptanten die Ableiſtung des Eides auferlegt wird, erhellet ganz klar aus den Baſiliken [91]), aus welchen folgende Stelle hier bemerkt zu werden verdient:

Μέχρι δὲ τότε ἔξεστιν τῷ ἐπάγοντι τὸν ὅρκον καὶ μήπω αὐτὸν λαβόντι μεταμελεῖσθαι, ἕως ὅτε ἀπόφασις ἐξέλθῃ ἐπιτρέπουσα δοθῆναι τὸν ὅρκον. ἀποφάσεως γὰρ ἅπαξ ἐξενεχθείσης, καὶ δηλονότι μὴ ἐπιδοθείσης, ἢ γενομένης μὲν ἐκκλήτου, βεβαιωθείσης δέ τῆς πρώτης ἀποφάσεως ἐν τῷ δικαστηρίῳ τῆς ἐκκλήτου, οὐκέτι ἔξεστι μετακαλεῖσθαι τῷ ἐπαγαγόντι τὸν ὅρκον, καὶ μεταπηδᾷν πρὸς ἑτέρας ἀποδείξεις, ἵνα μὴ ἄνωθεν δικαζόμενος τὸ τέλος τῆς πρώτης ὑποθέσεως ἀρχὴν δευτέρου δικαστηρίου ποιήσηται. i. e. *Eousque autem mutare voluntatem liceat deferenti iusiurandum, quod nondum praeſtitum eſt, quousque ſententia lata fuerit, quae iusiurandum praeſtari iubeat. Nam poſtquam ſententia lata eſt, nec appellatio interpoſita eſt, aut interpoſita quidem eſt, ſed prior ſententia in iudicio appellationis confirmata eſt, non amplius ei, qui iusiurandum detulit, poenitere conceditur, et ad alias probationes tranſire, ne lite repetita finis negotii alterius cauſae fiat exordium.*

Mit

91) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. Conſt. 53. pag. 132.

Mit Recht konnte auch der Geſetzgeber die Sentenz des Richters, wodurch auf die Eidesleiſtung erkannt worden, eine ſententia definitiva nennen, weil durch den Eid der Rechtsſtreit entſchieden wird, und der römiſche Richter ſich bey ſeinem Ausſpruch der Formel bediente: *ut vel iuret reus, vel ſolvat* [92]). Aus allem ergiebt ſich klar, daß von einem Beweiſe pro evitando periurio überall keine Rede ſey [93]), und eben ſo wenig erfordert der Geſetzgeber gerade neu aufgefundene Beweiſe, um den angetragenen Eid widerrufen zu können. Leyſer [94]) geht indeſſen zu weit, wenn er den Satz aufſtellt, daß auch der Widerruf des deferirten Eides ſogar denn noch Statt finde, wenn auf die Ableiſtung deſſelben ſchon rechtskräftig erkannt worden iſt. Der angeführten geſetzlichen Vorſchrift ſtreitet dieſe Meinung offenbar entgegen. Er meint zwar, daß ſeine Meinung dem Geiſt des Geſetzes entſpreche. Adeone, ſchreibt er, poſt rem iudicatam iudici permiſſum eſt, aditum periuriis facere? an rei iudicatae auctoritas efficiet, ut temere iurare, et nomen Dei vane uſurpare peccatum non ſit? Allein Leyſer ſetzt hier voraus, daß der Grund des Geſetzes in Verhütung der Meineide beruhe, wovon doch das Geſetz überall nichts enthält, es geht vielmehr das Gegentheil daraus hervor, daß der Geſetzgeber die Zurücknahme des angetragenen Eides nur bis zur Sentenz des Richters erlaubt. Da indeſſen das Canoniſche Recht dem Richter

92) S. BOEHMER cit. loc. in Elect. iur. civ. Tom. II. p. 683.

93) S. *Io. Tob.* CARRACH Diſſ. de imaginaria aequitate probationis pro evitando periurio. *Halae* 1734. §. 18.

94) Meditat. ad Pand. Specim. CXXXVIII. medit. 1. et 2.

ter zur Pflicht macht, dahin zu ſehen, daß keine ſolche Eide geſchworen werden, bey denen entweder die Gefahr des Meineides vorhanden iſt, oder aus deren Ableiſtung keine rechtsbeſtändigen Folgen und Wirkungen zu erwarten ſind [95]; ſo hat es nach dem heutigen Gerichtsgebrauch keinen Zweifel, daß des vorhandenen rechtskräftigen Erkenntniſſes ungeachtet, wodurch der zugeſchobene Eid beſtätiget worden, der Widerruf, ja eine Verwerfung deſſelben von richterlichen Amtswegen Statt finde, wenn deſſelben Ableiſtung entweder an ſich als nunmehr ganz unnöthig befunden, oder dieſelbe einen offenbaren Meineid veranlaſſen würde [96].

In Abſicht der Beweisführung, welche der Producent an die Stelle des zurückgenommenen Eides treten laſſen will, iſt jedoch noch zu bemerken, daß kein peremtoriſcher Beweistermin entgegenſtehen dürfe [97]. Denn wo ein ſolcher Termin beſtimmt iſt, da kann der Beweisführer zwar vor deſſen Ablauf Veränderungen am Beweiſe nach Will.

95) *Cap. 2. X. de probat. Cap. 9. de Sentent. et re iudic.*

96) *Ferd. Chriſt.* HARPPRECHT Diſſ. de revocatione iuramenti delati §. 39. 40. 56. et 57. (Vol. I. *Diſſertat. academ.* Diſſ. 20.) MEVIUS P. II. Deciſ. 93. et P. VII. Deciſ. 195. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. I. Obſ. 69. PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. II. Obſ. 109. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 4521. not. c. von Quiſtorp Beyträge Nr. LI. S. 800. und Weſtphals Rechtsgutachten 1. Band h. t. §. 16. und 2. B. Nr. 20. ad Quaeſt. 2. Nr. 3. S. 323. f.

97) S. Martins Lehrbuch des bürgerlichen Proceſſes §. 214. S. 297. der zweyten Auflage.

Willkühr vornehmen, allein nach deſſen Ablauf iſt es ihm nicht mehr erlaubt, verabſäumte Beweismittel zu gebrauchen. Soll alſo Zurücknahme eines zugeſchobenen und bereits acceptirten Eides noch nach Ablauf der Beweisfriſt Statt finden, ſo müſſen es neu aufgefundene Beweiſe ſeyn, deren er ſich bedienen will [98]). Denn da bey dieſen dem Beweisführer kein Verſchulden zur Laſt fällt, ſo können ſolche Beweiſe ſogar eine Reſtitution wider ein rechtskräftiges Urtheil begründen [99]). Auf jeden Fall bewirkt aber die Zurücknahme des zugeſchobenen Eides ſoviel, daß der Beweisführer nicht mehr zu dieſem Beweismittel ſeine Zuflucht nehmen kann, wenn ihm der gewählte neue Beweis mißlingen ſollte [100]). Juſtinian verordnet dieſes ausdrücklich in der angeführten *L.* 11. *Cod. de reb. credit.* worin es heißt: Sancimus, *nemini licere penitus iterum ad ſacramentum recurrere:* ſatis enim abſurdum eſt, redire ad hoc, cui renunciandum putavit, et cum deſperavit aliam probationem, tunc denuo ad religionem convolare.

Wenn der Delat zwar den ihm zugeſchobenen Eid acceptirt hat, aber noch vor deſſen wirklichen Ableiſtung ſtirbt, ſo iſt die Frage, ob der angenommene Eid für abgeſchworen gehalten werden könne, oder nicht, unter den Rechtsge-

 lehr-

98) Man vergleiche hier vorzüglich Gönners Handbuch des deutſchen gemeinen Proceſſes 2. Bd. Nr. XXXIX. §. 4—6.

99) S. den 5. Th. dieſes Commentars 2. Abth. §. 432. S. 399. und Gönners angef. Handbuch 3. Band Nr. LXVI.

100) *de* COCCEJI ius civ. contr. h. t. Qu. 27.

lehrten ſehr ſtreitig. Viele [1]) behaupten ganz allgemein, daß in dieſem Falle der Tod die Ableiſtung des Eides erſetze, weil man von jedem Sterbenden vermuthen müſſe, daß er ſein Gewiſſen bedacht haben werde. Andere [2]) hingegen nehmen dieſe Meinung nur unter folgenden Einſchränkungen an, nämlich 1) wenn der Verſtorbene ein rechtſchaffener und gewiſſenhafter Mann war, 2) den Eid ſelbſt in Perſon und nicht durch einen Bevollmächtigten acceptirt hatte, und dann auch 3) die wirkliche Ableiſtung des Eides nicht von ihm ſelbſt durch eigene Schuld und Verzögerung verhindert worden iſt. Noch andere [3]) erfordern, wenn der Tod die Kraft der Eidesleiſtung haben ſolle, daß die Sache nicht anders, als durch den deferirten Eid entſchieden werden könne, auch der Verſtorbene ſchon ſoviel für ſich gehabt haben müſſe, daß zu vermuthen ſey, er werde den Eid mit gutem Gewiſſen abgeleiſtet haben. Dagegen läugnen andere [4]) ohne Unterſchied, daß der Eid wegen des erfolg-

1) GAIL Lib. II. Obſ. 43. nr. 2. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 24. *Sam.* STRYK Diſſ. de morte loco iuriſiurandi. *Halae 1703. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 40.

2) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXLIV. medit. I. ſq. Claproth im ord. bürgerlichen Proceß 2. Th. §. 327. von Bülow und Theod. Hagemanns praktiſche Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit 3. Band. Erört. XX. S. 138. f. SCHNEIDER vollständ. Lehre vom rechtiichen Beweiſe. §. 68. Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Proceſſe. 1. Th. §. 321. S. 425. und Danz Grdſ. des ord. Proceſſes §. 370. a. E.

3) MEVIUS P. V. Deciſ. 46.

4) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 70. in fin. BERGER Elect. disceptat. for. pag. 577. Struben rechtl. Beden-

erfolgten Todes des Delaten, welcher ihn angenommen hatte, für abgeſchworen gehalten werden könne, weil weder ein Geſetz vorhanden ſey, welches dieſe Meinung begünſtige, noch ſonſt hinreichende Gründe zur Rechtfertigung derſelben angeführt werden könnten. Dieſer Meinung ſtimmen auch die meiſten neuern Rechtsgelehrten [5]) bey, nehmen jedoch den Fall aus, wenn der Verſtorbene durch die Schuld des Deferenten, oder durch deſſelben abſichtliches in die Länge Ziehen an der Ableiſtung des Eides verhindert worden ſey. Nur in dieſem einzigen Falle ſey der Eid als abgeſchworen zu betrachten. Bey dieſer großen Verſchiedenheit der Meinungen kommt alles darauf an, was die Natur der Sache und die Rechtsanalogie lehren. Denn an dieſe müſſen wir uns hier lediglich halten, weil es an einer beſtimmten Verordnung des gemeinen Rechts fehlt,

 wel-

denken 4. Th. Bed. 2. S. 6. *Lüd.* MENKEN Progr. iuramentum in iudicio delatum acceptatumque ob mortem acceptantis ſimpliciter pro praeſtito habendum non eſſe, niſi aliud obſervantia fori receperit. *Lipſiae 1705.* *Gebh. Chriſt.* BASTINELLER Diſſ. de effectu oblationis ad iurandum, mortuo ante praeſtationem offerente. *Vitemb. 1724.* WALCH Controv. iuris civ. pag. 765. und *Io. Dav.* NEUENDORFF Diſſ. de morte loco iurisiurandi. *Bützovii 1787.*

5) S. *Ad.* SEYFRIED Specim. inaug. reſolvens, praemiſſis generalibus de iuramento principiis, quaeſtionem, num iuramentum delatum in iudicio acceptatumque, interveniente morte acceptantis, haberi pro praeſtito queat? praes. *Gallo Aloyſio* KLEINSCHROD def. *Wirceburgi 1798.* *Grolmann* Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 95. MÜLLER Obſerv. pract. ad *Leyſerum* Tom. II. Faſc. I. Obſ. 327. BIENER Syſtem. proceſſus iudiciar. Tom. I. §. 170. in Obſ. pag. 333. ſq. THIBAUT Syſt. des R. P. 3. B. §. 1164. not. x. u. a. m.

welche dieſe Frage entſcheidet. Entſcheidet die beſondere Proceßordnung eines Landes [6]) darüber, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß hierauf zunächſt Rückſicht zu nehmen iſt. Hier iſt nun Erſtens ſoviel gewiß, daß die aufgeſtellte Vermuthung, der Sterbende werde ſein Gewiſſen bedacht haben, weil nicht zu glauben ſey, daß Jemand, der auch den Vorſatz gefaßt hätte, einen falſchen Eid zu ſchwören, ſterben werde, ohne zuvor dieſen zu widerrufen, und ſeine Seele zu retten, mag ſie auch immerhin den Grundſätzen der Moral und des Chriſtenthums entſprechen, dennoch in den

6) So verordnet z. B. die allgemeine Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 10. Tit. 5. Abſchn. §. 378. „Wenn ein angetragener oder zurückgeſchobener Eid unbedingt und ohne Vorbehalt angenommen worden, und der Acceptant verſtirbt vor der wirklichen Ableiſtung, ſo wird ſelbiger für geſchworen geachtet. Iſt hingegen die Annahme nur unter dem Vorbehalte eines eingewandten Rechtsmittels erfolgt, ſo müſſen die Erben den Eid annoch leiſten. Doch ſteht denſelben bey dergleichen ihrem Erblaſſer angetragenen, und von dieſem angenommenen Eiden, die Zurückſchiebung noch allemal frey.“ Auch nach der Zelliſchen Tribunalsordnung P. II. Tit. 8. Sect. 3. §. 12. ſoll der deferirte Eid pro praeſtito gehalten werden, wenn der Verſtorbene einmal den Eid acceptirt hatte, und er nicht in mora geweſen wäre. S. von Bülow's und Hagemanns prakt. Erörterungen 3. Band Erört. 20. S. 136. Dahingegen iſt in der Sächſiſchen Gerichtsordnung Tit. XVIII. §. 8. verordnet, daß wenn auch gleich die Parthey den ihr zugeſchobenen Eid acceptirt hätte, vor deſſelben wirklicher Ablegung aber verſtürbe, der angenommene Eid doch nicht pro praeſtito gehalten werden ſolle, ſondern es ſollen deſſelben Erben nichts deſto minder ſolchen Eid, jedoch nur de credulitate, abzuſchwören ſchuldig ſeyn. S. BIENER im angeführten Syſtem. proc. iudic. Tom. I. pag. 334.

den Geſetzen keinen Grund habe, und daher die Behauptung, daß der Tod anſtatt des Eides gelte, wenn der Acceptant vor der wirklichen Ableiſtung deſſelben ſtirbt, zu rechtfertigen, auf keine Weiſe im Stande ſey. Man wird ſich davon leicht überzeugen, wenn man das Geſetz etwas genauer prüft, worauf man ſich gewöhnlich beruft. Es iſt die *L. 6. Cod. ad Leg Iul. repetundar.* wo es heißt: Neminem *divini timoris*, contemnendo iusiurandum, arbitramur *immemorem, ut ſaluti propriae ullum commodum anteponat.* Allein es leuchtet in die Augen, daß dieſe Worte keine verba diſpoſitiva, ſondern blos verba enunciativa ſind, die folglich keine Geſetzeskraft haben. Sodann aber handeln ſie auch gar nicht von dem Falle, da Jemand den Eid noch nicht wirklich abgeſchworen hat. Nun iſt zwiſchen der bloßen Annahme des Eides und der wirklichen Ableiſtung deſſelben noch ein großer Unterſchied. Denn die Erfahrung lehrt, daß die Menſchen von Natur leichter einen Eid annehmen, als ihn wirklich abſchwören. Der Acceptant kann vielleicht nie die Abſicht gehabt haben, den Eid wirklich abzuleiſten, ſondern nahm ihn an, um ſeinen Gegner zu ſchrecken, und ihn auf ſolche Art zu einem Vergleiche zu beſtimmen. Eben deswegen, weil bey der Annehmung eines angetragenen Eides nicht immer der ernſtliche Vorſatz Statt findet, den Eid wirklich abzuſchwören, wird immer dem Acceptanten eine Bedenkzeit gegeben, eben deswegen geſchieht auch vor der Ableiſtung eine ernſtliche Ermahnung, wodurch nicht ſelten die wirkliche Ableiſtung, aller vorhanden geweſenen Bereitwilligkeit des Acceptanten ungeachtet, hintertrieben wird. Daß aber auch wircklich die Abſicht der Kr. Theodos und Valentinian, von welchen die *L. 6. cit.* herrührt, gar nicht geweſen

ſey, durch jene Worte eine allgemeine Regel aufzuſtellen, ergiebt ſich aus den unmittelbar darauf folgenden Worten: Tamen, ut ad ſalutis timorem etiam neceſſitas periculi ſubiungatur: *ſi quis auſus fuerit praebita ſacramenta negligere*, — accuſandi cunctis, tanquam crimen publicum, concedimus facultatem, quadrupli poena eo, qui convictus fuerit, modis omnibus feriendo. Wollte man endlich auf jenes Geſetz ja die vermeintliche Vermuthung bauen, ſo würden doch die Vermuthungen anderer Geſetze [7]) entgegen ſtehen, in welchen es heißt: *perturbatione mortis preſſum facile eorum, quae eſſent acta, oblivisci*; es würde alſo hier eine Colliſion entſtehen, in welcher doch immer jene allgemeine Präſumtion der beſondern würde weichen müſſen. Nicht zu gedenken, daß derjenige, welcher wider beſſeres Wiſſen und Ueberzeugung einen Eid acceptirt hatte, von einem ſo ſchnellen Tode überraſcht werden kann, daß ihm weder Zeit noch Faſſung übrig blieb, die begangene Handlung zu bedenken, und ſolche zu widerrufen. Wie läßt ſich wohl in einem ſolchen Falle nach der Vernunft behaupten, daß der Acceptant, ohne die Eidesannehmung zu widerrufen, nicht geſtorben ſeyn würde, ſondern ſein Seelenheil werde bedacht haben? Cocceji [8]) ſcheint die Schwäche jenes Arguments auch wohl gefühlt zu haben. Er ſucht daher ſeine Meinung noch vorzüglich auf den Satz zu bauen, daß derjenige, an dem es nicht gelegen, eine gewiſſe Verbindlichkeit zu erfüllen, eben ſo anzuſehen ſey, als ob er derſelben ein Genüge geleiſtet hätte. Allein auch dieſe Regel iſt in ihrer Allgemeinheit

7) *Nov. XVIII. cap. 6.*

8) Iur. civ. contr. h. t. Qu. 40.

heit offenbar unrichtig [9]), und findet nach den klaren Worten der von Cocceji angeführten Geſetzſtelle, *L.* 39. *D. de Reg. iur.* In omnibus cauſis pro facto accipitur id, in quo per alium morae ſit, quominus fiat; blos in dem beſondern Falle Anwendung, wo Jemand durch des Andern Schuld an Erfüllung ſeiner Verbindlichkeit gehindert worden iſt.

Wenn nun gleich aus allem dieſen klar hervorgeht, daß die Meinung derjenigen, welche ohne Unterſchied behaupten, daß der Tod dem Eidſchwur gleich zu achten ſey, wenn der Delat, der den ihm zugeſchobenen Eid angenommen hatte, vor der wirklichen Abſchwörung verſtirbt, auf keine Weiſe gerechtfertiget werden kann; ſo würde es doch auf der andern Seite wider alle Billigkeit und Rechtsanalogie ſtreiten, wenn wir aus dem lächerlichen Grunde des Baldus: *Quod non omnis moriens ſit Iohannes Evangeliſta*, ohne alle Ausnahme das Gegentheil behaupten wollten. Zwar läßt ſich nach der Natur der Sache allerdings als Regel annehmen, daß ein Eid blos darum, weil er von dem Delaten angenommen worden iſt, noch keinesweges für abgeſchworen zu halten ſey, wenn gleich der Tod des Acceptanten die Ableiſtung deſſelben gehindert hätte. Denn man betrachte den gerichtlich zugeſchobenen Eid als Beweismittel; ſo verſteht es ſich ja von ſelbſt, daß dieſes anders nicht von Wirkung ſeyn kann, als wenn der intendirte Beweis dadurch wirklich voll-

9) S. EMMINGHAUS ad *Coccejum.* Tom. I. Lib. II. Tit. 14. Qu. 38. not. z. pag. 260. Man vergleiche z. B. *L. ult. D. de condict. cauſ. dat. cauſa non ſec.* und *L. 15. §. 6. D. locati.* Dagegen enthält *L. 38. §. 1. D. eod.* und *L. 1. §. 13. D. de extraord. cognit.* ein beſonderes Recht.

vollführt, ſolglich der angenommene Eid entweder wirklich abgeſchworen oder verweigert worden iſt. Der Tod des Acceptanten an und für ſich enthält weder für das eine noch für das andere einen hinreichenden Grund. Oder man betrachte den deferirten Eid als einen Transact; ſo iſt wiederum die Eidesableiſtung die Bedingung, welche erfüllt werden muß, wenn der Deferent für ſachfällig ſoll erklärt werden können. Dieſe Bedingung kann zu deſſelben Nachtheil, bloß wegen des eingetretenen Todes des Acceptanten, nach Recht und Billigkeit nicht für erfüllt gehalten werden, ſofern dem Deferenten, wegen der Nichtableiſtung des Eides keine Schuld zur Laſt fällt, wenn man zumal erwägt, daß nach gemeinen Rechten der Deferent den Eidesantrag nach Willkühr bis zur Ableiſtung zurücknehmen darf [10]). Dieſe Freyheit würde ja demſelben auf eine ungerechte Art entzogen werden, wenn der Eid, wegen des erfolgten Todes des Acceptanten, für abgeſchworen angenommen würde. Allein jene Regel iſt doch nicht ohne Ausnahme.

Um nun alſo die Frage, ob und in wiefern ein gerichtlich deferirter Eid, wenn deſſen Ableiſtung durch den erfolgten Tod des Acceptanten verhindert worden iſt, für abgeleiſtet zu halten ſey, oder nicht? gründlich zu entſcheiden; ſo ſind folgende Fälle zu erörtern.

1) Der Verſtorbene, welcher den ihm zugeſchobenen Eid angenommen hatte, iſt durch des Deferenten Schuld gehindert worden, ihn vor ſeinem Tode abzuſchwören. Hier

10) *L. 11. C. de reb. cred. Cap. 9. X. de fide inſtrum.*

Hier iſt der Eid für abgeleiſtet anzuſehen, es wäre denn, daß der verſtorbene Acceptant wegen Meineides verdächtig geweſen, und deswegen nicht zur Ableiſtung hätte gelaſſen werden können [11]). Außerdem muß der Deferent billig die Folgen des von ihm veranlaßten Verzugs tragen [12]). Der eigentliche Grund, warum in dieſem Falle der Eid für abgeleiſtet angenommen werden muß, iſt die ſchon oben angeführte Rechtsregel [13]: *In omnibus cauſis pro facto accipitur id, in quo per alium morae ſit, quo minus fiat.* Hierzu kommt noch ein anderer Grund. Derjenige, welcher ſich der Eideszuſchiebung bedient, geht zugleich mit dem Delaten die Bedingung ein, daß er ſeine Behauptung aufgeben wolle, im Falle dieſer den Eid über das Gegentheil ableiſten würde [14]). Wenn nun der Delat den Eid angenommen, und ſich zu deſſen Ableiſtung bereit erklärt hat, der Deferent aber durch ſeine Handlungen es dahin bringt, daß jene Bedingung nicht erfüllet wird, ſo muß ſie zu ſeinem Nachtheil, damit der andere nicht dadurch leide, für erfüllt gehalten werden. Es iſt auch dieſes in den Geſetzen klar verordnet. In iure civili receptum eſt, ſagt Ulpian [15]) *quotiens per eum, cuius intereſt, conditionem non*

11) Man vergleiche hier vorzüglich des Hect. Wilh. von Günderrode, genannt von Kellner, Werke aus dem teutſchen Staats- und Privatrecht 2. Band Nr. 7. §. 3. S. 235. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4522. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. 40. not. z.

12) *L. 173. §. 2. D. de Reg. iur.* Unicuique ſua mora nocet.

13) *L. 39. D. de reg. iur.*

14) *L. 3. D. h. t.*

15) *L. 161. D. eodem. L. 24. D. de condit. et demonſtrat.* Man ſehe auch *Pufendorf* Obſervat. iur. univ. Tom. I. Obſ. 56.

non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac ſi impleta conditio fuiſſet.

2) Der verſtorbene Acceptant hat durch ſeine eigene Schuld die Ableiſtung des Eides verzögert. Hier iſt der Eid nach der Regel, daß jeder die Folgen des von ihm veranlaßten Verzugs tragen muß [16]), für deſert anzuſehen. Jedoch iſt auch hier der Fall auszunehmen, wenn der Acceptant aus rechtmäßiger Urſache, z. B. weil gegen die Eidesformel eine gegründete Einwendung war gemacht worden, von dem Richter ſelbſt einen Aufſchub erhalten hätte. Hier kann freylich der Eid nicht für deſert erklärt werden. *Qui enim ſine dolo malo ad iudicium provocat*, ſagt Julian [17]), *non videtur moram facere.*

3) Es fällt keinem von beyden Theilen, weder dem Deferenten, noch dem Acceptanten, eine Schuld zur Laſt, daß der angenommene Eid nicht abgeleiſtet worden iſt. Hier iſt der acceptirte Eid weder pro praeſtito noch pro deſerto zu halten [18]), ſondern es kommt darauf an, ob die Erben ſchwören können, oder nicht. Im erſten Falle kann ihnen der Eid deferirt werden. Daß ſie aber auch den Eid noch zurückſchieben können, leidet keinen Zweifel. In dem letztern Falle hingegen geht durch den Tod des Acceptanten das Beweismittel der Eidesdelation verlohren. Denn der frühzeitige Tod des Acceptanten iſt hier als ein bloßer

16) *L. 173. §. 2. D. de div. reg. iur.*

17) *L. 63. D. eodem.*

18) LAUTERBACH Diſſ. de relatione iurisiurandi §. 24. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. I. Obſ. 275. und HOFACKER Tom. III. §. 4522

bloßer Zufall anzuſehen, durch welchen nach der Regel: *caſus fortuiti a nemine praeſtantur* [19]), Niemand leiden kann, als diejenige Parthey, welche durch die Eideszuſchiebung ein Recht erlangen oder beweiſen wollte. Es muß alſo nun der Deferent einen andern Beweis antreten, und es kann ihm, wenn etwa die Beweisfriſt unterdeſſen verſtrichen ſeyn ſollte, die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ex clauſula Praetoris generali nicht abgeſchlagen werden [20]). Denn da dem Deferenten wegen des unvorhergeſehenen Todesfalles des Acceptanten kein Verſchulden zur Laſt fällt, ſo muß ihm dieſe Rechtshülfe noch billig zu ſtatten kommen [21]).

Es fragt ſich aber, ob dieſe Grundſätze auch in dem Falle anzuwenden ſind, wenn ſich diejenige Parthey, welcher eigentlich die Verbindlichkeit der Beweisführung im Proceß nicht oblag, ſondern die den Beweis von ihrem Gegner hätte erwarten können, dennoch freywillig der Eidesdelation bedient hätte, der Gegner auch den Eid angenommen hat, aber vor der Ableiſtung deſſelben ſtirbt? Man ſollte glauben, daß in dieſem Falle der Eid ohne Unterſchied für abgeſchworen zu halten ſey, weil hier der Deferent ein beſonderes Vertrauen in die Gewiſſenhaftigkeit ſeines Gegners geſetzt zu haben ſcheint [22]). Allein, genau erwo-

19) *L. 23. in fin. D. de div. reg. iur.*

20) S. GROLMAN Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 95. a. E. S. 179.

21) S. Gönners Handbuch des deutſchen gemeinen Prozeſſes 2. Band Nr. XXXIX. §. 6.

22) Dies iſt auch Hrn. Prof. Malblancs Meinung in ſeinem klaſſiſchen Werke de iureiur. §. 56. pag. 202.

erwogen, hat dieſer Grund zu wenig Gewicht, um von den vorgetragenen Grundſätzen in dieſem beſondern Falle abzuweichen. Denn es kann ja überhaupt von dem Eide nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn es möglich iſt, daß, unter der Vorausſetzung, in dem Zutrauen auf die Moralität des Schwörenden nicht getäuſcht zu werden, durch den Eid die Wahrheit ausgemittelt werden kann [23]. Wer alſo ſich der Eidesdelation bedient, ſetzt allemal ein beſonderes Zutrauen in die Gewiſſenhaftigkeit des Schwörenden, und glaubt, er werde ſein Gewiſſen bedenken, und keinen falſchen Eid ſchwören, beſonders wenn den Deferenten zum Eidesantrage gar keine Noth trieb. Wie kann alſo aus dieſem Grunde der Eid pro praeſtito gehalten werden, wenn der Acceptant vor der Ableiſtung verſtirbt [24]?

§. 803.

II) Zurückſchiebung des Eides, und deren Folgen.

Will derjenige, welchem der Eid gerichtlich deferirt worden iſt, ihn nicht annehmen, ſo kann er auch erklären, daß er die Forderung ſeines Gegners für gegründet annehmen wolle, wenn dieſer den Eid ſelbſt ſchwören würde, das heißt, er kann den Eid **zurückſchieben** [25]. Es kommt hier auf zwey Fragen an.

1) Wenn

23) S. *Grolman* Theorie §. 92. S. 170.

24) Man vergleiche hier des Dr. Adam Seyfrid oben angef. Diſſ. reſolv. quaeſtion. Num iuram. delatum in iudicio acceptatumque, interven. morte accept. haberi pro praeſtito queat? §. 46.

25) In der *L. 25. §. 1. D. de conſtit. pecun.* wird geſagt: Nemo dubitat, *modeſtius facere*, qui referat, quam ut ipſe iuret.

1) Wenn findet die Zurückſchiebung des Eides Statt? Da auch die Zurückſchiebung des Eides eine Art der Eidesdelation iſt [26]; ſo kann ſie nur unter den Bedingungen geſchehen, unter welchen überhaupt die Eideszuſchiebung zuläſſig iſt [27]. Sie findet alſo nur dann Statt,

a) wenn der Deferent von der Sache, worüber ihm der Eid zurückgeſchoben worden, Wiſſenſchaft haben kann, oder haben muß, und es iſt übrigens gleichviel, die Handlung, welche den Gegenſtand des zu ſchwörenden Eides ausmacht, mag eine gemeinſchaftliche, das iſt, eine ſolche ſeyn, woran beyde Partheyen, ſowohl der Deferent als Referent, gleichen Antheil genommen haben, oder eine fremde [28]. Iſt daher der Eid dem Gegner über deſſelben eigene Handlung zugeſchoben worden, wovon nur er aus eigener Wiſſenſchaft unterrichtet ſeyn kann, z. B. es iſt bey einer Injurienklage der Eid über die Abſicht zu beleidigen deferirt worden, oder die Eideszuſchiebung betrift ſonſt ein dem Delaten Schuld gegebenes eigenes Verbrechen; ſo findet keine Zurückſchiebung Statt, und es iſt der Deferent auch nicht einmal den Eid des Glaubens zu ſchwören verbunden [29]. **Ulpian** ſagt *L.* 11. §. 1. *D. rer. amot.*

Qui

26) Cit. *L.* 25. *§.* 1. *D. de pecun. conſtit.*

27) S. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diſſ. de relatione iuriſiurandi. *Tub.* 1674. §. 12. und *Ge. Lud.* BOEHMERI Diſſ. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum relatumque §. 17.

28) S. LAUTERBACH cit. Diſſ. §. 43. und beſonders Joh. Lud. Schmidts hinterlaſſene Abhandlungen verſchiedener pract. Rechtsmaterien. 2. Band Nr. XXXXI. §. 1. u. 2.

29) S. LAUTERBACH cit. Diſſ. §. 72. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 39. Pütters auserleſene Rechtsfälle 1. Bds 4. Th.

Qui rerum amotarum inſtituit actionem, ſi velit magis iusiurandum deferre, cogitur aduerſarius iurare: *nihil divortii cauſa amotum eſſe*: und §. 3. fügt er hinzu: Si quis delatum ſibi iusiurandum *referre velit*, non videtur Praetor permiſiſſe; womit noch *L.* 12. *eodem* zu verbinden, wo Paulus ſagt: Non magis, quam ſi quis ei, qui furti agat, iusiurandum deferat, an ipſe fur ſit. In der *L.* 13. D. eodem beſtätigt Ulpian ſeine Meinung noch durch die Auctorität des Labeo, wenn er ſagt: Ideo *Labeo* ſcribit, mulieri non eſſe permittendum, *referre iusiurandum*: et ita Edictum ordinatum videtur. Wenn nun gleich alle dieſe Stellen zwar nur von einer eigenen unerlaubten Handlung des Delaten reden, ſo iſt es doch keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß auch bey einer eigenen erlaubten Handlung deſſelben das Nämliche Statt finde, wenn nämlich nur der Delat, nicht aber der Deferent davon hinlänglich unterrichtet iſt [30]. Wie aber, wenn die eigene Handlung des Gegners z. B. des Beklagten, ſo beſchaffen wäre, daß der Kläger hiervon eine gleiche Wiſſenſchaft hätte, würde nicht in dieſem Falle eine Zurückſchiebung des Eides Statt haben? Es ſcheint mir darauf anzukommen, ob die eigene Handlung des Beklagten, welche den Gegenſtand der Eidesdelation ausmacht, eine erlaubte, oder unerlaubte ſey. In dem erſten Falle hat die Zuläſſigkeit der Zurückſchiebung nicht den mindeſten Zwei-

4. Th. Decis. CLXXVI. Nr. 2. BOEHMER cit. Diſſ. §. 17. Gebr. Overbek Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien. 9. Band. Medit. 450. S. 129. THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1164. a. E.

30) S. BOEHMER cit. Diſſ. §. 17. in fin. und Schmidts hinterlaſſene Abhandlungen. 2. B. Nr. 41. §. 3.

Zweifel [31]). In dem letztern Falle hingegen iſt wieder zu unterſcheiden. Der Kläger hat entweder dem Beklagten über die ihm Schuld gegebene eigene Handlung den Eid deferirt, oder der Beklagte hat dem Kläger darüber den Eid zugeſchoben. Im erſten Falle findet keine Zurückſchiebung Statt. Alle die oben angeführten Geſetze ſagen dieſes einſtimmig. Gemeiniglich ſetzen zwar die Rechtsgelehrten den Grund darin, weil der Beklagte am beſten wiſſen müſſe, ob er ſchuldig oder unſchuldig ſey, welches hingegen der Kläger nicht immer mit vollkommener Gewißheit behaupten könne; ſie wollen daher, wenn das Letztere wirklich der Fall ſeyn ſollte, auch ſogar dem Beklagten über das ihm Schuld gegebene eigene Verbrechen die Zurückſchiebung des Eides geſtatten [32]). Allein alle oben angeführten Geſetzſtellen ſagen ausdrücklich, daß der Beklagte den ihm über ſein eigenes unerlaubtes Factum zugeſchobenen Eid abzuſchwören ſchuldig, und demſelben die Zurückſchiebung durchaus nicht zu geſtatten ſey. Eben dieſes beſtätigt auch noch eine deutliche Stelle des canoniſchen Rechts, *cap. ult. princ. X. h. t.* wo es heißt: Nec liceat convento famoſa actione referre huiusmodi iuramentum. Der Grund ſcheint alſo vielmehr darin zu liegen, weil der Beklagte, welcher in einem Falle, wo er in Gefahr iſt, ſeinen guten Namen zu verlieren, dennoch das ihm ſelbſt an die Hand gegebene Mittel, wodurch er ſofort

31) LAUTERBACH Diſſ. cit. §. 75.

32) S. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XXIV. cap. 21. pag. 1321. BRUNNEMANN Commentar. ad L. 11. D. rerum amotar. und POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. II. Lib. XXV. Tit. 2. Nr. XVIII. not. h. pag. 79.

alle Gefahr abwenden, und ſeine Ehre retten konnte, ausſchlägt, und die Entſcheidung der Sache auf den Eid des Klägers ankommen laſſen will, durch die Zurückſchiebung des Eides offenbar den Verdacht eines böſen Gewiſſens wider ſich erwekt [33]), der Kläger iſt daher den ihm zurückgeſchobenen Eid um ſo weniger zu ſchwören ſchuldig, je unbilliger es überhaupt ſeyn würde, ihn zu nöthigen, daß er über ein fremdes Factum ſchwöre [34]). Ganz anders würde ſich hingegen die Sache verhalten, wenn der Beklagte dem Kläger über eine ihn gravirende Behauptung ſeines Klagegrundes, z. B. daß der Kläger es ſelbſt geſehen, daß der Beklagte ihm ſeine Sache entwendet habe, den Eid zugeſchoben hätte. Daß in dieſem Falle der Beklagte dem Kläger den Eid zuſchieben könne, leidet keinen Zweifel. Es läßt ſich dieſes aus einer Stelle des Paulus klar beweiſen, wo es heißt [35]): Item POMPONIUS ait, eum, *qui furtum ſibi factum alicuius rei iuravit*, non ſtatim etiam condictionis cauſam nanciſci. Zwar iſt hier eigentlich nur von einem außergerichtlichen Eide die Rede, wie daraus erhellet, daß geſagt wird, der Eid begründe hier nicht ſchlechterdings die condictio furtiva, weil dieſe nur dem Eigenthümer zuſteht [36]). Es muß aber eben dieſes auch bey einem gerichtlichen Eide Statt finden, weil hier der Kläger ſich auf eigene Wiſſenſchaft gründet [37]). Daß nun

33) S. LAUTERBACH cit. Diſſ. §. 66. 67. et 68. und *Gonzalez de Tellez* Commentar. in Decretal. ad cap. ult. X. de iureiur. Tom. II. pag. 616.

34) *L. 11. §. 2. D. Rerum. amotar.*

35) *L. 21. §. 9. D. h. t.* Add. *L. 9. §. 2. D. eodem.*

36) S. POTHIER Pand. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. XXXV. not. i.

37) S. SETSER de iurament. Lib. IV. cap. 6. nr. 11.

nun aber in dieſem Falle der Kläger befugt ſey, dem Beklagten den Eid zurückzuſchieben, läßt ſich darum nicht bezweifeln, weil hier dem Kläger weder ein Geſetz entgegenſteht, noch auch der Grund hier eintritt, aus welchem die Geſetze dem Beklagten die Zurückſchiebung des Eides nicht erlauben [38]. Die Zurückſchiebung des Eides ſetzt ferner

b) voraus, daß der Deferent auch fähig ſey, den Eid abzulegen, und der Delat die Fähigkeit habe, den Eid zurückzuſchieben. Denn auch die Befugniß, den Eid zurückzuſchieben, hängt von der freyen Diſpoſition über ſeine Rechte ab. Wer alſo einen Eid zu deferiren nicht fähig iſt, kann auch einen zugeſchobenen Eid nicht referiren [39]. Nur darin unterſcheidet ſich die Zurückſchiebung von der Eidesdelation, daß der Zurückſchiebende keinem Eide für Gefährde ausgeſetzt iſt [40].

2) Worin beſteht die Wirkung der Zurückſchiebung des Eides? Man unterſcheide. Die Zurückſchiebung war entweder

A) in einem ſolchen Falle geſchehen, wo ſie zuläſſig iſt. Dann hat ſie

a) auf Seiten des Deferenten, dem der Eid zurückgegeben worden iſt, die Wirkung, daß dieſer den Eid ſchlechterdings ſchwören muß, und ihn weder referiren, noch

38) LAUTERBACH Diſſ. cit. §. 68.

39) S. LAUTERBACH Diſſ. cit. §. XII. ſqq.

40) *L. 34. §. 7. D. h. t.* Sed nec *iusiurandum de calumnia* referenti defertur: quia non eſt ferendus actor, ſi conditionis, quam ipſe detulit, de calumnia velit ſibi iurari.

noch ſein Gewiſſen mit Beweis vertreten kann, wenn er nicht beweisfällig werden will [41]). Denn derjenige, welcher fordert, muß doch überzeugt ſeyn, daß er ein Recht zur Forderung habe, dahingegen derjenige, von welchem gefordert wird, ſehr wohl in dem Fall ſeyn kann, daß er weder von der Rechtlichkeit der Forderung, noch von dem Gegentheil überzeugt iſt. Er kann alſo wohl den Eid zurückgeben, aber nicht der Deferent, denn dieſer muß nun ſchlechterdings auch dafür ſorgen, daß ſeine Forderung glaubhaft werde. Dieſes beſtätigen auch klare Geſetze. **Juſtinian** ſagt *L.* 12. §. 1. *Cod. de reb. cred. et iureiur.*

Sed iuramento illato, cum hoc a partibus factum fuerit, et a iudice approbatum: vel ex auctoritate iudicis cuicunque parti illatum: ſi quidem is, cui imponitur ſacramentum, nihil ad hoc fuerit reluctatus, hoc praeſtetur, vel referatur: *neceſſitate ei imponenda, cui iure refertur, relationis ſacramentum ſubire: vel ſi hoc recuſaverit, quaſi illato ſacramento praestito, cauſa vel capitulum decidatur, nullo loco provocationi relinquendo.*| Quis enim ferendus eſt, ad appellationis veniens auxilium in his, quae ipſe facienda procuravit?

Verweigert alſo der Deferent die Ableiſtung des ihm zurückgeſchobenen Eides, und er iſt der Kläger, ſo wird der Beklagte abſolvirt, iſt er der Beklagte, ſo wird er verurtheilt, und es wird in dem einem, wie in dem andern Falle ſo angeſehen, als ob der Eid von dem Referenten wäre

41) *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 32. LAUTERBACH cit. Diſſ. de relatione iurisiurandi §. 106—108. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4523.

wäre geſchworen worden. Eben dies lehrt auch Ulpian *L.* 34. §. *ult. D. h. t.* wo er ſagt: Ex relatione, *non iurante actore*, iudex abſolvit reum. Sollte jedoch der Deferent unterdeſſen neue Beweiſe gefunden haben, und beſcheinigen oder eidlich erhärten können, daß er von denſelben vorher keine Wiſſenſchaft gehabt habe, ſo kann er mit dieſem Beweiſe noch zugelaſſen werden [42]). Stirbt der Deferent vor der Ableiſtung des ihm zurückgeſchobenen Eides, ſo kann deswegen der Eid an ſich nicht für abgeleiſtet angenommen werden, ſondern es gilt hier eben das, was oben in dem Falle bemerkt worden iſt, wenn der Delat vor der Ableiſtung des angenommenen Eides ſtirbt [43]).

b) Auf Seiten des Referenten entſteht die Frage, ob er die Zurückſchiebung widerrufen, und den Eid noch ſelbſt ſchwören, oder die Gewiſſensvertretung noch ergreifen könne? Die Rechtsgelehrten ſind hierüber verſchiedener Meinung. Einige [44]) unterſcheiden, ob der zurückgeſchobene Eid bereits acceptirt war, oder nicht. Nur in dem letztern Falle laſſen ſie die Revocation zu, aber nicht in dem erſten. Andere [45]) hingegen läugnen unbedingt, daß es dem

42) S. Grolmans Magazin für die Philoſophie des Rechts und der Geſetzgebung. 1. Bandes 2. Heft S. 143.

43) Anderer Meinung iſt MALBLANC de iureiur. §. 56. pag. 203.

44) LAUTERBACH cit. Diſſ. §. 101. et 102. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 30. und BIENER Syſtema proceſſ. iudiciar. Tom. I. §. 104. in fin.

45) MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 57. MÜLLER ad *Leyſerum* Tom. II. Faſc. I. Obſ. 312. Danz Grundſ. des ordentlichen Prozeſſes §. 379. und HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. III. §. 4523.

dem Referenten noch freyſtehe, die geſchehene Zurückſchiebung zu widerrufen. Sie nehmen bloß den Fall aus, wenn derſelbe neuen Beweis gefunden hätte, und beſcheinigen oder eidlich erhärten könnte, daß er von demſelben vorher keine Wiſſenſchaft gehabt habe. Die richtigſte Meinung iſt wohl die, daß dem Referenten die Zurücknahme des referirten Eides in eben der Maße zu geſtatten ſey, wie dies dem Deferenten erlaubt iſt [46]). Denn beyde Theile müſſen hierin gleiche Rechte haben, nachdem einmal in der *L.* 11. *C. de reb. cred.* der Satz aufgeſtellt iſt, daß die Zurücknahme eines deferirten Eides bis zur Ableiſtung deſſelben nach Willkühr Statt haben ſolle.

B) Die Zurückſchiebung des Eides iſt in einem ſolchen Falle geſchehen, wo ſie unzuläſſig iſt. Hier zieht ſie die Deſertion des zugeſchobenen Eides nach ſich, und der Delat wird pro iurare nolente gehalten [47]).

Uebrigens muß die Zurückſchiebung des Eides in eben der Maße geſchehen, wie der Eid angetragen ward, nur aber freilich in der umgekehrten Form der Zuſchiebung [48]). Jedoch können zuweilen die beſondern Umſtände der Sache oder die beſondern Verhältniſſe der Perſonen eine Aenderung nothwendig machen [49]). Zuweilen iſt auch der referirte Eid nur ein Glaubenseid, denn der De-

46) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXXIX. Cor. 2. EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. 30. not. h. und THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1164.

47) Danz Grdſ. des ord. Proceſſes §. 378. Anderer Meinung iſt jedoch Oeltze in der Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 242. S. 371. lit. cc.

48) Martin Lehrbuch des bürgerl. Proceſſes §. 216.

49) *L. 34. §. 8. D. h. t.*

Deferent leiſtet den Eid nach dem Grade ſeiner möglichen Wiſſenſchaft von der Sache [50]).

§. 804.

III. Gewiſſensvertretung. Urſprung und Wirkung derſelben.

Derjenige, welchem ein Haupteid im Prozeß iſt zugeſchoben worden, wenn er den Eid weder ſelbſt ſchwören, noch denſelben zurückſchieben will, kann jetzt beydes dadurch abwenden, wenn er bereit iſt, die Unwahrheit des Beweis-Satzes welche er beſchwören ſollte, durch andere Beweismittel darzuthun. Dies nennt man ſein Gewiſſen mit Beweis vertreten [51]). Ob dieſe Gewiſſensvertretung ſchon in dem römiſchen Rechte gegründet ſey, oder bloß der Praxis ihren Urſprung verdanke, iſt ſtreitig. Das Letzte behaupten die meiſten [52]). Nur wenige ſind mir bekannt, welche das Erſte zu behaupten geſucht haben [53]). Die erſte Meinung verdient auch unſtreitig den Vorzug, weil die Beweiſe für die letzte auf einem nichtigen oder unſichern Grunde be-

50) LAUTERBACH Diſſ. de relat. iurisiur. §. 79.

51) GRIEBNER Diſſ. de probationum, quae iurisiurandi declinandi cauſa ſuscipiuntur, ambagibus recidendis. in Opuſc. Tom. IV. Nr. 9. *Car. Ehr.* BOERNER D. de probatione pro exoneranda conſcientia. *Erf. 1731.*

52) BAUER Pr. de defenſione conſcientiae per probationem iure communi fundata. *Lipſiae 1753.* (in *Opuſc.* Tom. I.) Danz Grdſ. des ordentl. Proceſſes §. 380. THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1164. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviſſ. Tom. II. §. 1233. u. a. m.

53) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. MALBLANC de iureiur. §. 58. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4519. not. f.

beruhen. Denn daß die Eidesdelation nach dem römiſchen Rechte nur ein ſubſidiariſches Beweismittel ſey, ſetzt **Voet** ganz unrichtig voraus. Das Zeugniß des **Quinctilians**[54]) hingegen, worauf ſich Herr Profeſſor **Malblanc** beruft, beweißt zwar, daß die Gewiſſensvertretung durch Beweis ſich nach der Vernunft wohl rechtfertigen laſſe, weil ſie dem Redlichgeſinnten dazu dienen könne, um ſich von allem Verdacht zu befreyen, dem man nicht immer entgeht, wenn man ſein Recht nur einem Eide, und folglich ſeiner eigenen Moralität, und dem Glauben der Welt an dieſelbe verdankt. Allein daß ſie in den römiſchen Gerichten eingeführt geweſen ſey, läßt ſich ſchwerlich daraus erweiſen. Wie unſicher der Beweis ſey, der aus den Schriften und Declamationen der römiſchen Redner, inſonderheit aber des **Quinctilians**, zur Begründung deſſen, was bey dem Römern wirklich geltendes Recht war, genommen wird, haben ſchon längſt andere bemerkt. **Abraham Wieling**[55]) ſagt ſehr richtig: Fruſtra ex declamationibus Rhetorum auctoritatem iuris peti. Und **Oiſelius**[56]) wirft mit

54) *Inſtitut. orat.* Lib. V. cap. 6. Is, qui defert, agere modeſte videtur, cum litis adverſarium iudicem faciat, et eum, cuius cognitio eſt, onere liberet, qui profecto alieno iureiurando ſtare, quam ſuo malit. Quo difficilior recuſatio eſt, niſi forte res eſt ea, quam credibile ſit, notam ipſi non eſſe. *Quae excuſatio ſi deerit, hoc unum relinquetur, ut invidiam ſibi quaeri ab adverſario dicat, atque id agi, ut in cauſa, in qua vincere non poſſit, queri poſſit. Itaque hominem quidem malum occupaturum hanc conditionem fuiſſe, ſe autem probare malle, quae affirmet, quam dubium cuiquam relinquere, an peierarit.*

55) Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 22. pag. 197.

56) ad *Caji* Inſtitutiones Lib. I. Tit. 4. Not. 3. (in SCHULTING *Iurisprud. Antejuſtin.* pag. 33.)

mit Recht die Frage auf: Quis adeo hospes eſt in bonis litteris, ut ignoret liberam illam confingendi licentiam, quam ſibi Veteres in eiusmodi ſcholasticis exercitationibus ſumſere? Ja wer ſollte nicht **Püttmanns** [57]) Urtheil unterſchreiben, wenn er ſagt: Haud fortaſſe erraverim, ſi Rhetoribus haud minus, quam poetis atque pictoribus, quidlibet audendi fingendique aequam ſemper poteſtatem fuiſſe dixero? Daß dies hier wirklich der Fall ſey, ſcheint faſt keinem Zweifel unterworfen zu ſeyn. Denn man erwäge nur, daß in dem ganzen römiſchen Geſetzbuche von dieſer Gewiſſensvertretung auch nicht die geringſte Spur zu finden iſt. Ueberall, wo von der Eidesdelation, als einem gerichtlichen Beweismittel, die Rede iſt, wird zwar dem Delaten, der nicht ſelbſt ſchwören will, erlaubt, den Eid zurückzuſchieben, aber nirgends wird ihm zur Abwendung des Eides der Beweis des Gegentheils erlaubt [58]), vielmehr ſagt der Prätor in ſeinem Edict: *Eum, a quo iusiurandum petetur*, IURARE COGAM, *niſi iusiurandum referre malit* [59]). Wie verdächtig erſcheint dagegen das Zeugniß des Redners! Schon **Duaren** [60]), dem die Stelle Quinctilians nicht unbekannt war, fühlte die Trüglichkeit dieſes Beweiſes, und hielt die entgegengeſetzte Meinung dem Geiſte des römiſchen Rechts gemäßer, und

Koch

57) Probabil. iuris civ. Lib. II. Cap. 16. pag. 124.

58) *L. 34. §. 6. et 7. D. h. t. L. 38. D. eodem L. 25. §. 1. D. de conſtit. pecun. L. 9. Cod. de reb. credit. et iureiur.*

59) *L. 34. §. 6. et 7. D. h. t.*

60) Commentar. in Tit. 1. Libri IV. Cod. Cap. 3. in EIUS *Operib.* pag. 861.

Koch [61]) hat dies vollends außer allen Zweifel geſetzt. Daß übrigens die Analogie des kanoniſchen Rechts für die Rechtmäßigkeit der Gewiſſensvertretung ſpreche, leidet keinen Zweifel. Denn wenn derjenige, welcher bewieſen hat, nach einer bekannten Verordnung des kanoniſchen Rechts [62]) mit einem Eide nicht weiter beſchwert werden darf, ſo iſt es wohl der Conſequenz gemäß, auch denjenigen, welchem ein Eid zugeſchoben war, damit zu verſchonen, wenn er ſich bereitwillig erklärt, daß er den Beweis der zu beſchwörenden Sache über ſich nehmen wolle [63]). Es bringt überdem auch ſchon die Rechtsgleichheit der Partheyen die Zulaſſung dieſes Beweiſes mit ſich. Denn da der Beweisführer die Freyheit hat, ob er ſich der Eidesdelation oder eines andern Beweismittels bedienen wolle, ſo muß es auch demjenigen, welchem der Eid zugeſchoben worden, erlaubt ſeyn, ob er ſchwören, oder ſein Gewiſſen mit Beweis vertreten wolle. Auf ſolche Art läßt ſich die durch den Gerichtsgebrauch eingeführte Gewiſſensvertretung vollkommen rechtfertigen.

Es iſt jedoch nöthig, die Beſchaffenheit derſelben näher kennen zu lernen, um den richtigen Standpunct nicht zu verfehlen, aus welchem die Gewiſſensvertretung angeſehen werden muß. Wer die Gewiſſensvertretung wählt, läßt ſich vor der Hand auf die Eidesdelation, als ſolche, noch

61) Progr. de probatione pro exoneranda conſcientia in foro Romano ignota. *Giſſae 1783. 4.*

62) *Cap. 2. X. de probat.*

63) S. Gönners Handbuch des deutſchen gemeinen Proceſſes 2. Band Nr. XLVIII. §. 1. S. 494.

noch gar nicht ein, ſondern verſucht zuvörderſt, durch andere Beweiſe dem ihm zugeſchobenen Eide auszuweichen [64]). Durch dieſen Verſuch, wenn er auch mißlingen ſollte, geht daher der Beweis durch den Eid nicht verloren, ſondern er wird nur ſuſpendirt [65]). Es findet nun alſo eine ganz neue Beweisführung Statt [66]), welche jedoch als ein Gegenbeweis [67]) darum nicht betrachtet werden kann, weil dieſer jederzeit einen Hauptbeweis vorausſetzt, welcher aber von dem Deferenten durch die bloße Eideszuſchiebung noch nicht vollführt worden iſt; ſondern es wird vielmehr die unternommene Beweisführung der Vollführung des Beweiſes durch den Eid gleichſam, wie Gönner [68]) ſagt, als eine Präjudicialfrage entgegengeſtellt, von deren Ausgang es abhangen ſoll, ob die Vollführung des Beweiſes durch einen Eid nothwendig ſey oder nicht. Der übernommene neue Beweis muß nun auch gehörig angetreten, und dabey durchaus nach den Regeln der Beweisführung verfahren werden. Da er zur Abwendung des zugeſchobenen Eides dienen ſoll, ſo muß er auch nothwendig auf eben die Puncte gerichtet werden, worüber hat ge-

64) S. BOEHMER Diſſ. de auct. iudicis circa iusiur. in iud. delatum relatumque. §. 18. in *Elect. iur. civ.* Tom. II. pag. 678.

65) Martins Lehrbuch des bürgerl. Proceſſes §. 217.

66) GROLMANS Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 199. nr. 3. S. 413.

67) Dies iſt eine falſche Anſicht bey SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iud. Lib. I. Sect. I. M. 3. Cap. V. §. 13. BAUER Progr. cit. in *Opuſc.* T. I. pag. 383. und Claproth im ord. Proceß Th. 2. §. 327. Nr. III.

68) Handbuch des gemeinen Proceſſes 2. B. Nr. XLVIII. §. 4. S. 498.

geſchworen werden ſollen [69]). Wird der Beweis durch Zeugen geführt, ſo ſind auch Fragſtücke auf die übergebenen Beweisartikel erlaubt, und dürfen ſolche, als ein Vertheidigungsmittel des Deferenten, von dem Richter nicht abgeſchnitten werden [70]). Eben deswegen findet auch bey der Gewiſſensvertretung ein Gegenbeweis Statt [71]). Viele [72]) ſind zwar anderer Meinung. Sie ſind aber durch unrichtige Anſicht der Sache zu falſchen Reſultaten verleitet worden. Denn ſie betrachten entweder die Gewiſſensvertretung als einen Gegenbeweis, welches ſie doch nicht iſt, wie Gönner [73]) ganz überzeugend dargethan

hat,

69) Nicht auf Einreden, welche des Deferenten Behauptung entgegenſtehen. S. Weſtphals Rechtsgutachten 1. Band h. t. §. 21.

70) Claproth ord. bürgerl. Proceß §. 327. und Danz Grundſätze des ordentl. Proceſſes §. 380. Das Gegentheil behaupten zwar STRYK in Caut. iuramentor. P. III. Sect. II. Cap. 5. nr. 92. und Knorr in der Anleit. zum bürgerl. Proceß Hauptſt. XIII. §. 27. Allein man ſehe der Gebr. Overbek Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 10. Band Medit. 536.

71) SCHENK *van* NYDEGGEN Diſſ. de probatione contra exonerationem conſcientiae per probationem. *Duisburgi 1797.* Gönner im angef. Handbuch II. 48. und die Gebr. Overbek in den Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 11. Band Medit. 553. haben dieſes hinlänglich bewieſen. Ihnen ſtimmt auch Martin im Lehrbuch des bürg. Proceſſes §. 217. Not. p. bey.

72) Auſſer den not. 67. angeführten auch MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 58. pag. 211. Oeltze Anleit. zur gerichtl. Praxis §. 215. Danz Grundſ. des ord. Proceſſes §. 380. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4519. A. e. und THIBAUT im Syſt. des P. R. 3. B. §. 1164.

73) a. a. O.

hat, oder ſie ſoll ein Surrogat des Eides ſeyn, da doch durch die Gewiſſensvertretung der angetragene Eid ſuſpendirt wird, und eine neue Beweisführung eintritt, wowider dem Deferenten der Gegenbeweis um ſo weniger verſagt werden kann, da er ein nothwendiges Vertheidigungsmittel iſt, und zu mehrerer Aufklärung der ſtreitigen Sache dient. Man kann auch nicht ſagen, der Deferent habe ſich durch die Eideszuſchiebung aller andern Beweiſe begeben; denn dies wäre nur dann der Fall, wenn die Sache durch wirkliche Ableiſtung des Eides wäre beendiget worden. So aber iſt ja nun der Stand der Sache geändert, und der Delat Beweisführer geworden. Sollte denn dies nur dem Delaten erlaubt, der Deferent aber vom rechtlichen Vertheidigungsmittel wider den Beweis ſeines Gegners ausgeſchloſſen ſeyn? Wie läßt ſich eine ſolche Ungleichheit der Rechte unter den Partheyen rechtfertigen? Die Antretung des Beweiſes geſchieht übrigens binnen eben der Friſt, welche dem Delaten geſetzt war, um ſich über den Eid zu erklären, ſonſt muß ihm dazu ein peremtoriſcher Termin geſetzt werden [74]).

Die Wirkung dieſer Gewiſſensvertretung beſteht nun darin.

1) Hat der Gewiſſensvertreter einen vollkommenen Beweis hergeſtellt, ſo fällt nun die Eidesdelation als überflüſſig weg.

2) Hat

74) S. *Mart. Iac.* FABER Diſſ. de eo, quod iuſtum eſt, ſi conſcientiam probatione defenſurus in probatione defecerit. *Goettingae 1775.* Cap. III. §. 17. und Martin im Lehrbuch des bürg. Proceſſes §. 217. not. q.

2) Hat er einen unvollſtändigen Beweis geführt, ſo wird nach Verſchiedenheit der Umſtände auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid erkannt [75]).

3) Hat er nichts bewieſen, entweder

a) weil er ſich am Beweiſe verſäumt hat; ſo iſt nicht allein die Gewiſſensvertretung nunmehr für desert, ſondern auch der Eid für verweigert zu erklären [76]). Oder

b) weil der Beweis gegen ihn ausgefallen iſt; ſo iſt gleichfalls ein verdammendes Urtheil die Folge [77]). Iſt hingegen

c) der Beweis zwar nicht gegen ihn, aber auch nicht für ihn ausgefallen, ſo kann er nun den zugeſchobenen Eid noch immer annehmen oder zurückſchieben [78]). Denn

75) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iud. Lib. I. Sect. I. Membr. III. Cap. V. §. 14.

76) WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. IV. Obſ. 151. nr. 559. FABER cit. Diſſ. Cap. III. §. 21. Martin Lehrbuch des bürg. Proc. §. 217. not. q.

77) Danz Grdſ. des ord. Proceſſes §. 381.

78) de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 29. *Ge. Lud.* BOEHMER cit. Diſſ. §. 18. in *Elect. iur. civ.* Tom. II. pag. 678. FABER cit. Diſſ. §. 19. et. 20. MALBLANC de iureiur. §. 58. pag. 211. Gönner a. a. O. II. S. 498. Martin im Lehrbuch des bürgerl. Proceſſes §. 217. Das Gegentheil behaupten zwar viele. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XVII. §. 33. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 25. LAUTERBACH Diſſ. de relatione iurisiur. §. 20. LEYSER Specim. CXXXIX. cor. 3. Allein man ſehe der Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 10. Band Medit. 537.

Denn durch die Gewiſſensvertretung wurden dieſe beyden Erklärungsarten über den Eid nur ſuſpendirt, giengen alſo für den Gewiſſensvertreter, im Falle ſeines verfehlten Zwecks, auf keine Weiſe verlohren.

§. 805.

Ausführung des Beweiſes durch Eideszuſchiebung. Schwörungs-Termin. Folgen des Ungehorſams.

Iſt der zugeſchobene Eid angenommen, oder zurückgeſchoben, auch gegen die Statthaftigkeit der Zurückſchiebung rechtlich nichts erinnert worden; ſo muß nun der Richter die Eidesformel normiren. Die Faſſung ſelbſt hängt von der Form ab, in welcher der Eid iſt zugeſchoben worden, und richtet ſich nach dem Grade der möglichen Wiſſenſchaft, welche derjenige, der den Eid leiſten ſoll, von der Sache hat [79]). Anders iſt daher die Formel bey einem Eide der Wahrheit, anders bey einem Glaubenseide zu faſſen [80]). Ueberall muß jedoch die Eidesformel mit ſolcher Vorſicht abgefaßt werden, daß keine reſervatio mentalis dabey Statt finden kann. Daher muß dieſelbe zuvor den Partheyen mitgetheilt werden. Können ſich die ſtreitenden Theile über die Abfaſſung derſelben nicht vereinigen, ſo ſind ſie mit ihren Erinnerungen dagegen in einem eigenen Verfahren zu hören, worüber alsdann der Richter zu entſcheiden hat [81]). Der Richter kann und muß auch

79) S. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4522. in fin.

80) S. Danz Grundſ. des ord. Proceſſes §. 371. Not. d. Martins Lehrbuch des bürgerl. Proceſſes §. 218. not. v.

81) *L. 34. §. 5. D. h. t.* Si de qualitate iuramenti inter partes dubitatum, conceptio eius arbitri iudicantis eſt. S. VOET Comm.

auch ſchon von Amtswegen an der Zuſchiebung alle erhebliche Mängel verbeſſern, zumal wenn ſie auf unerhebliche oder nicht auf alle erhebliche Umſtände gerichtet ſeyn ſollte [82]). Aus dieſem Grunde hat er das Recht, die Eidesformel nach dem Zweck, für welchen der Eid als Beweismittel gebraucht wird, dem Zuſtande der Sache gemäß zu beſtimmen; es wollten denn die Partheyen durch eine ausdrückliche Uebereinkunft ihr Recht von Beſchwörung eines Umſtandes abhängig machen, welcher auf die Merkmale ihres Streits keinen Einfluß hat [83]). (§. 795. S. 211. f.) Iſt nun die Eidesformel normirt, ſo wird ein Schwörungstermin anberaumt, jedoch muß in dem Falle, da einer moraliſchen Perſon der Eid deferirt worden iſt, vor Anſetzung des Termins der Gegner noch mit ſeiner Erklärung über die zur Ableiſtung des Eides vorgeſchlagenen Mitglieder gehört werden [84]). Auf dieſen Termin ſind beyde Partheyen, theils um den Eid zu ſchwören, theils um zu ſehen, wie er abgeleiſtet werde, vorzuladen. Wäre etwa der Gegner zur Beywohnung der Eidesleiſtung nicht beſonders vorgeladen worden, ſo entſteht daraus keine Nichtigkeit, wenn nur ſonſt die Eidesleiſtung vorſchriftsmäßig vorgenommen

Comm. ad Pand. h. t. §. 13. und von Quiſtorp Beyträge zur Erläuterung verſchiedener Rechtsmaterien Nr. 51. S. 798.

82) S. MALBLANC de iureiur. §. 60. Gönners Handbuch des gemeinen Proceſſes 2. Band Nr. XLIX. §. 7. und Kleins merkwürdige Rechtsſprüche der Halliſchen Juriſten-Fakultät. 3. Band. Nr. VI. S. 139.

83) Gönner im Handbuch 1. Band Nr. X. §. 26.

84) Martins Lehrbuch §. 218. not. y. und dieſer Commentar §. 795. S. 221. ff.

wen worden iſt, weshalb dem Gericht immer die Vermuthung der Legalität zur Seite ſteht [85]). Denn die bloße Vorladung des Beweisführers ad videndum iurari, wenn er nicht etwa, was der Gegentheil verlangen kann, zuerſt den Eid für Gefährde ſchwören ſoll, iſt nur eine monitoriſche, deren Unterlaſſung keine Nichtigkeit erzeugt [86]). Bleiben beyde Theile in dem anberaumten Termine aus, ſo iſt der Termin circumducirt, und die Citation verliert ihre Wirkung. Bleibt aber nur ein Theil aus, ſo war dieſer entweder bloß, um zu ſehen, wie der Haupteid abgeſchworen werde, citirt, oder er war ſelbſt zur Eidesleiſtung vorgeladen. Im erſten Falle wird, ſeines außenbleibens ohngeachtet, die Eidesleiſtung vorgenommen [87]). In dem andern Falle hingegen war entweder die Citation eine blos dilatoriſche, oder eine peremtoriſche. Denn an ſich iſt auch hier die erſte Ladung nicht gleich peremtoriſch [88]). Das Ausbleiben in dem erſten Falle hat nur die gemeine Strafe des Ungehorſams zur Folge. War hingegen die Citation peremtoriſch, ſo wird der Ungehorſam deſſen, welcher in dieſem Termin den Haupteid ſchwören ſollte, mit der Strafe des verweigerten Eides, das

 iſt,

85) S. Kleins angef. Rechtsſprüche der Halliſchen Juriſten-Fakultät. 3. Band Nr. VI. S. 142. beſonders auch Strubens rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 103.

86) *Grolman* Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 199. Nr. 1. S. 412.

87) *L. 12. §. 4. Cod. de reb. cred.* Danz Grundſ. des ord. Proceſſes §. 383. a. E.

88) Danz a. a. O. §. 382. und Martin a. a. O. §. 218. Not. a.

iſt, mit dem erdichteten Geſtändniß der Unwahrheit ſeiner Behauptung, geahndet [89]); dahingegen beym Außenbleiben deſſen, welcher den Eid für Gefährde vor dem acceptirten Haupteide des Delaten ableiſten ſollte, der Haupteid für geleiſtet angenommen wird [90]). Erſcheinen aber beyde Partheyen der Ladung gemäß, ſo muß bey einem zugeſchobenen Eide, zu deſſen Abſchwörung der Delat bereit iſt, der Deferent vorerſt den Eid für Gefährde leiſten. Eher kann er die Ableiſtung des Haupteides von ſeinem Gegner nicht verlangen [91]). Jedoch kann dieſer auch dem Deferenten das iuramentum calumniae erlaſſen, ſo wie auch ſolches vom Richter aus Gründen von Amtswegen verworfen werden kann [92]). Denn der Eid für Gefährde iſt der Auctorität des Richters ganz vorzüglich untergeordnet [93]). Iſt aber dieſer Eid dem Deferenten auferlegt, und er verweigert deſſen Ableiſtung, ſo wird der Haupteid für erlaſſen erklärt, und der Proceß iſt für den

89) *L. 38. D. h. t.* Martin §. 219.

90) *L. 37. D. h. t.*

91) *L. 34. §. 4. D. eod.* Qui iuſiurandum defert, *prior de calumnia debet iurare*, ſi hoc exigatur; deinde ſic ei iurabitur. *L. 11. §. 1. D. rerum amotar. L. 9. Cod. de reb. credit. L. ult. Cod. de fideicomm.*

92) S. MALBLANC de iureiur. §. 54. pag. 194. Claproth Einleit. in den ordentlichen bürgerl. Proceß. 2. Th. §. 328. u. Danz Grundſ. des ord. Proceſſes §. 376. Man überſehe jedoch dabey nicht Gönners Anmerkung zu Not. d. S. 557.

93) *L. 5. §. 14. D. de novi oper. nunciat.* Hoc iuſiurandum *auctore Praetore* defertur.

den Deferenten verloren [94]). Bey dem zurückgeſchobenen Eide fällt hingegen der Eid für Gefährde ganz weg [95]). Wird der Haupteid nicht geleiſtet, ſo iſt er entweder von dem, welcher ihn antrug, erlaſſen, oder von dem, welcher ihn zu ſchwören ſchuldig war, verweigert worden. Im erſten Fall hat dies eben die Wirkung, als wenn der Eid wäre abgeleiſtet worden [96]). Jedoch kann eine ſolche Erlaſſung nur von dem geſchehen, welcher die freye Diſpoſition über ſein Vermögen hat, mithin von keinem Pupillen [97]). In dem andern Falle hingegen kommt es darauf an, ob die Eidesleiſtung aus einem rechtmäßigen Grunde verweigert wird oder nicht. In dem letztern Falle muß dem Eidespflichtigen die Eidesleiſtung unter der Androhung auferlegt werden, daß widrigenfalls der Eid für verweigert erklärt werden ſolle. Die Realiſirung dieſer Drohung beſteht nun darin, daß bey dem zugeſchobenen Eide, das, was durch denſelben erwieſen werden ſollte, für erwieſen, bey dem

94) *L. 37. D. h. t.* Si non fuerit remiſſum iusiurandum ab eo, qui detulerit, ſed de calumnia non iuratur, conſequens eſt, ut debeat denegari ei actio. Sibi enim imputet, qui proceſſit ad delationem iurisiurandi, nec prius de calumnia iuravit: *ut ſit iſte remittenti ſimilis.*

95) *L. 34. §. 7. D. h. t.* Der Eid für Gefährde fällt auch dann weg, wenn der Gegner, welcher den zugeſchobenen Haupteid ſchwören ſollte, in dem Schwörungstermin nicht erſcheint. S. KIND Quaeſt. for. Tom. II. cap. 77.

96) *L. 6. L. 9. §. 1. D. h. t. L. 1. et 8. C. de reb. credit.* S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 23.

97) *L. 32. D. h. t.* MALBLANC de iureiur. §. 61. pag. 219.

zurückgeſchobenen aber für nicht erwieſen erklärt wird 98). Iſt endlich der Haupteid abgeſchworen, ſo beſteht nun die Wirkung darin, daß dasjenige, was durch denſelben verſichert wird, von dem Richter, als juriſtiſch gewiß betrachtet, und darum, als ſolches, ſeinem Urtheile zum Grunde gelegt werden muß 99). Gegen ein ſolches Erkenntniß, welches ſich auf einen geleiſteten Eid gründet, findet aber ſo wenig eine Appellation Statt 100); als daß ſolches aus dem Grunde neu aufgefundener entgegengeſetzter Beweiſe angefochten und wieder aufgehoben werden könnte 1). In Abſicht auf das Erkenntniß über die Koſten ſind jedoch die Rechtsgelehrten verſchiedener Meinung. Einige 2) neh-

98) *L. 34. §. ult. D. h. t.* Cum res in iusiurandum demiſſa ſit, iudex iurantem abſolvit, referentem audiet, et, ſi actor iuret, condemnet reum. Nolentem iurare reum, ſi ſolvat, abſolvit, non ſolventem, condemnat. Ex relatione non iurante actore, abſolvit reum. GROLMAN Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 200.

99) *L. 5. §. 2. D. h. t.* Dato iureiurando non aliud quaeritur, quam an iuratum ſit; remiſſa quaeſtione, an debeatur, *quaſi ſatis probatum ſit.*

100) *L. 12. §. 3. C. de reb. cred.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 25. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III §. 4524.

1) *L. 31. D. h. t. L. 1. C. de reb. credit. L. 19. Cod. de Transact. L. 56. D. de re iudic. L. 4. C. eod.* VOET c. l. und Weſtphals Rechtsgutachten h. t. §. 20. Durch die *L. ult. Cod. de reb. cred.* iſt dieſes nicht aufgehoben, wie oben §. 798 b. S. 250. ff. ausführlich gezeigt worden iſt. Anderer Meinung iſt jedoch GROLMAN in der Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 95.

2) REINHARTH Obſervat. ſelect. ad *Chriſtinaei* Deciſ. Vol. III. Obſ. 2. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXXXVIII. medit. II.

nehmen zur Regel an, daß der ſachfällige Theil, wider welchen der Eid geſchworen worden, die Koſten tragen müſſe. Denn da der gerichtliche Eid als ein Beweismittel betrachtet wird, ſo habe der Beweisführer, der ſich deſſelben bediente, nicht nur nichts bewieſen, wenn ſein Gegner den Eid geſchworen hat, ſondern es ſey auch nun durch den Eid das Gegentheil rechtlich dargethan worden. Jedoch nimmt man folgende Fälle aus; 1) wenn derjenige, dem eigentlich den Rechten nach die Laſt des Beweiſes nicht oblag, freywillig ſeinem Gegner den Eid deferirt hätte, um deſto kürzer aus der Sache zu kommen; 2) wenn ein zurückgeſchobener Eid geleiſtet worden; und 3) wenn der Deferent eine nicht geringe, obwohl zum Erfüllungseide nicht zureichende Probabilität für ſich hat. Hier müßten die Proceßkoſten compenſirt werden. Andere [3]) hingegen halten die entgegengeſetzte Meinung der Natur und Beſchaffenheit des zugeſchobenen Eides angemeſſener. Denn da dieſer Eid, wenn er acceptirt und abgeſchworen wird,

 die

11. *Andr. Mart.* HOEGER Diſſ. de expenſis litis victori refundendis a victo ex iuramento iudiciali et litis deciſorio. *Altorfii 1757.* und MALBLANC de iureiur. §. 66.

3) VOET Comm. ad Pand. Tom. II. Lib. XLII. Tit. 1. §. 22. *Ferd. Chriſt.* HARPPRECHT Diſp. de expenſis victoriae, praeſtito iureiurando, adiudicandis, vel compenſandis. *Tüb. 1686.* (*Diſſertation. acad.* Vol. II. Diſſ. LXII. §. 23. ſqq. pag. 799.) Claproth Einleitung in den ord. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 342. Weſtphal in den Rechtsgutachten 1. Band h. t. §. 20. *Chriſt. Frid.* POHL Diſſ. de indole iurisiurandi in iudicio delati §. 11. und beſonders Jac. Fried. Ge. Emmrich über die Proceßkoſten, deren Erſtattung und Compenſation 1. Th. §. 36. und 37.

die Stelle eines wirklichen Vergleichs vertrete, und überdem, unſern Geſetzen nach, nur das äußerſte Mittel ſey, den Grund unſerer Angabe ins Licht zu ſetzen [4]), ſo könne er blos bey **dunkeln** und **zweifelhaften Thatſachen** Statt haben. Hieraus folge nun von ſelbſt, daß die Prozeßkoſten ordentlicher Weiſe gegen einander aufgehoben werden müßten, wenn der Rechtsſtreit durch den zugeſchobenen Eid entſchieden worden ſey. Noch andere [5]) verwerfen die Compenſation der Koſten ſchlechterdings, und wollen daher die Verurtheilung des ſachfälligen Theils in die Koſten auch der Regel nach in den von den Vertheidigern der erſten Meinung ausgenommenen Fällen nicht Statt finden laſſen, weil der Eid, wenn er einmal geleiſtet iſt, nach Vorſchrift der Geſetze eine förmliche Wahrheit wirke [6]), und folglich der Richter ein für allemal verbunden ſey, dasjenige, als wahr und ausgemacht, im Wege Rechtens zu behandeln, was einmal mittelſt Eides beſtärkt iſt. Er müſſe mithin auch nun die Folgen eben ſo beſtimmen, wie es in jedem andern Falle, wo Thatſachen völlig bewieſen, oder unrichtig befunden ſind, den Rechten gemäß iſt. Nach meiner Einſicht kann man allerdings zum Grundſatz annehmen, daß der unterliegende Theil zur Erſtattung der Koſten rechtlich verbunden ſey, und daß nur ſchuldloſe Unwiſſenheit, oder verzeihlicher Irrthum des Sachfälligen in Anſehung deſſen, was nunmehr durch den Eid in juriſtiſche Gewißheit

4) *Nov. LXXIII. Cap. 4.*

5) S. **Weber** über die Proceßkoſten, deren Vergütung und Compenſation. §. 12.

6) *L. 5. §. 2. D. h. t.*

heit geſetzt iſt, ein die Koſten vergleichendes und gegen einander aufhebendes Erkenntniß rechtfertigen könne [7]). Dies iſt nun aus der Beſchaffenheit der Thatſachen, welche beſchworen ſind, und aus der Verbindlichkeit, welche dem ſachfälligen Theile in Anſehung des gerichtlichen Streits oblag, näher zu beſtimmen. Man unterſcheide alſo folgende Fälle. Der Sachfällige hatte den Eid entweder über ſein eigenes, oder über ein gemeinſchaftliches, oder über ein fremdes Factum dem Gegner zugeſchoben. Im erſten und andern Falle iſt er, wenn ſein Gegner den Eid geleiſtet hat, nach der dadurch bewirkten förmlichen Wahrheit, unſtreitig als ein ſolcher zu behandeln, welcher ein factum proprium oder commune fälſchlich behauptet oder beſtritten hat. Er verdient daher keine Nachſicht, und muß billig alle Folgen ſeines Verſchuldens tragen. In dem dritten Falle hingegen kommt es darauf, ob dem Sachfälligen der Beweis deſſen oblag, worüber er den Eid deferirte, oder dem Sieger. Im erſten Fall fällt ihm zur Laſt, daß er auf fremde Thatſachen, die er am Ende nicht erweiſen konnte, einen Anſpruch gründete. Er verdient alſo auch hier keine Nachſicht [8]). In dem letzten Falle hingegen kann er ſich mit der Unwiſſenheit entſchuldigen, und er iſt daher mit der Erſtattung der Proceßkoſten billig zu verſchonen.

7) Vergl. GROLMANS Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 58. a. Nr. III. S. 83. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviſſimi. Tom. II. §. 1238.

8) *L. 42. D. de div. regulis iur.* Nam plane qui agit, certus eſſe debet, cum ſit in poteſtate eius, quando velit experiri, et *ante debet rem diligenter explorare, et tunc ad agendum procedere.*

Ob übrigens der verlierende Theil der Deferent oder Referent iſt, darauf kommt an ſich gar nichts an. Denn nicht immer hat die Zurückſchiebung des Eides religiöſe Denkungsart zum Grunde, ſondern oft auch Furcht vor einem Meineide.

§. 806.

Wo iſt der Eid zu leiſten? Kann er auch durch einen Bevollmächtigten geſchworen werden?

Der Eid muß ordentlicher Weiſe an der gewöhnlichen Gerichtsſtelle geſchworen werden. Jedoch kann aus beſondern Urſachen, z. B. wegen Krankheit oder vornehmen Standes des Schwörenden eine Ausnahme Statt finden. In welchem Falle eine Gerichtsdeputation erkannt wird [9]). Ein jeder Eid muß ferner von demjenigen, dem er deferirt worden, der Regel nach in eigener Perſon geſchworen werden [10]). Ausnahmsweiſe kann jedoch die Eidesleiſtung zuweilen auch durch einen Anwalt geſchehen [11]). Schon das römiſche Recht geſtattet ſie in folgenden Fällen.

1) Wenn

9) *L. 15. D. h. t.* Ad perſonas egregias, eosque qui valetudine impediuntur, domum mitti oportet ad iurandum. Man vergleiche damit *L. 100. D. de verbor. Signif.* und *Henr.* HILDEBRAND Diſſ. de perſonis egregiis earumque iuribus. *Altorfii 1693.*

10) *L. 12. §. 4. Cod. de reb. credit. et iureiur. Nov.* CXXIV. *cap. 1.* Man ſehe auch den 5. Theil dieſes Commentars §. 397. S. 268.

11) S. *Nic. Chriſtoph.* LYNCKERI Diſſ. de iureiurando mandatarii in animam principalis. *Ienae 1692.* et rec. *Halae 1736.* HENRICI VI. *Iun. Lin.* RUTHENI COMITIS Diſſ. de iureiurando per procuratorem in cauſis privatis et publicis. *Ienae 1729. Io. Flor.*

1) Wenn der Eid dem Procurator von dem Gegner ſeiner Parthey freywillig iſt angetragen worden, und jener ihn angenommen hat. Hier kann der Anwalt, wenn er will, den Eid auch über eine fremde Handlung im Namen ſeines Principals leiſten, und er erwirbt dadurch dem letztern eine Klage oder Einrede.

L. 9. §. 6. D. h. t. Iuſiurandum *defenſoris* vel *procuratoris*, ei ab adverſario delatum, prodeſſe, exceptionemque domino parere, IULIANUS ſcribit. Idem ergo dicendum erit, etſi datus ad petendum *procurator*, reo deferente, iuraverit, *dari mihi oportere:* nam actionem mihi parit.

L. 42. §. 2. D. eodem. Sed et ſi, actore deferente, *defenſor* abſentis vel praeſentis iuravit, eum, quem defendit, *dare non oportere*, exceptio iuriſiurandi ei, *cuius nomine* iurandum fuerit, dari debebit.

2) Wenn der Eid einer Corporation oder moraliſchen Perſon angetragen iſt. Das römiſche Recht hat zwar nur den Fall, wenn der Eid zur Bedingung eines Vermächtniſſes gemacht worden iſt.

L. 97. D. de condit. et demonſtrat. Municipibus, *ſi iuraſſent*, legatum eſt: haec conditio non eſt impoſſibilis. PAULUS: Quemadmodum ergo pareri poteſt? per eos itaque iurabunt, *per quos municipii res geruntur.*

Der-

Flor. RIVINI Disputat. de iureiurando in alterius animam. *Lipſiae 1725.* Gundling vom Eide durch Bevollmächtigte, oder von dem Eidſchwur in des andern Seele; in *Gundlingianis.* IV. Stück Nr. 3. und *Ios. Lud. Ern.* PÜTTMANN de iureiurando vicario. in *Electis* cap. IV.

Derſelbige Grund, weil eine Corporation, als moraliſche Perſon, nicht ſelbſt ſchwören kann, tritt jedoch auch im Fall eines gerichtlich angetragenen Eides ein [12]).

3) Wenn wegen eines baufälligen Hauſes im Namen eines andern cautio damni infecti gefordert wird, und bloß von einem Eide für Gefährde die Rede iſt.

L. 13. §. 13. *D. de damno infecto.* Si alieno nomine caveri mihi damni infecti poſtulem, iurare debeo, non *calumniae cauſa* id eum, *cuius nomine* cautum poſtulo, fuiſſe poſtulaturum.

Es erhellet alſo aus dieſen Stellen, daß das römiſche Recht die Eidesleiſtung durch einen Bevollmächtigten (*iuramentum vicarium*) nicht ſchlechterdings mißbillige, wie **Johann Jacob Wiſſenbach** [13]) **Anton Schulting** [14]) **Juſt. Henning Böhmer** [15]) und **Malblanc** [16]) haben behaupten wollen. Nun hat zwar Juſtinian in einem neuern Geſetz verordnet, daß der Eid von demjenigen, welchem er zugeſchoben worden, in Perſon geſchworen werden ſolle, wenn er gleich abweſend wäre, und die Führung des Proceſſes einem Procurator übergeben hätte. Denn ſo heißt es *L.* 12. §. 4. *Cod. de reb. credit. et iureiur.*

Si

12) S. Martins Lehrbuch des bürgerlichen Proceſſes §. 219. S. 303.

13) Exercitat. ad Pand. Disput. XXIV. Th. 32. und in Comment. in Codic. ad L. 2. de iureiur. propt. calumn. §. 3.

14) Theſium controverſar. Decad. XXXVIII. §. 8.

15) Iur. eccleſ. Proteſt. Tom. I. Lib. II. Tit. 7. §. 5.

16) Doctr. de iureiur. §. 94.

Si perſona praeſens non inveniatur, cui ſacramentum illatum eſt, lite forte per procuratorem ventilata, neceſſe eſt, vel ipſam principalem perſonam, datis certis induciis ad iudicem venire, ut ea, quae de ſacramentis ſtatuta ſunt, impleat; vel (ſi iudex exiſtimaverit) in provincia, ubi degit, ſub actorum teſtificatione iuramentum ab ea vel dari, vel referri, vel recuſari, hoc procedere: ut ſingulis caſibus eventus iam definitus imponatur.

Allein es erhellet nicht aus dieſer Conſtitution, daß **Juſtinian** dadurch jene älteren Verordnungen des Pandectenrechts habe aufheben, und den Eid durch einen Anwalt ſchlechterdings habe verbieten wollen, beſonders wenn der Deferent darein williget [17]). Denn auch der gerichtlich deferirte Eid hat doch immer in Hinſicht ſeines Entſtehungsgrundes etwas Vergleichähnliches beybehalten, wenn er auch zum Zweck eines dem Richter zu führenden Beweiſes gebraucht wird. Offenbar aber würde es dem Geſetz und der Natur des zugeſchobenen Eides entgegenſtreiten, wenn man die Abſchwörung deſſelben durch einen Procurator wider den Willen des Deferenten in einem ſolchen Falle geſtatten wollte, wo der perſönlichen Ableiſtung deſſelben kein unüberwindliches Hinderniß im Wege ſteht [18]). Es kann daher nie zur Regel angenommen werden, was **Danz** [19]) behaupten will, daß jeder Eid durch einen

17) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. Oeltzens Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 254. und Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 2. Th. §. 332.

18) S. Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien. II. Band Medit. 573.

19) Grundſätze des ordentl. Proceſſes §. 369. a. E.

einen beſonders Bevollmächtigten abgeſchworen werden könne. Denn die Geſetzſtellen [20]) welche er anführt, enthalten theils nur die oben von mir ſelbſt angegebenen Ausnahmen, theils ſprechen ſie vom iuramento calumniae, bey welchem ſowohl die canoniſchen Rechte [21]) als die deutſchen Reichsgeſetze [22]) die Ableiſtung durch einen beſonders Bevollmächtigten namentlich geſtatten. Dabey darf aber die Regel, welche die juſtinianeiſche Verordnung enthält, um ſo weniger überſehen werden, je weniger überhaupt Eide durch Bevollmächtigte zugelaſſen werden ſollten [23]). Man unterſcheide alſo nach dem noch jetzt geltenden gemeinen Rechte, ob von Ableiſtung eines Haupteides, oder nur von

20) *L. 9. §. 6. L. 42. §. 2. D. h. t. Cap. 6. et 7. X. de iuram. calumn. Cap. 3. eodem in 6to. Cap. 2. de teſtib. in 6to.* J. Reichsabſch. §. 43.

21) *Cap. 3. de iuram. calumniae in 6to.* „Nullam tibi iudex iniuriam feciſſe cenſetur, qui *procuratorem* tui adverſarii, conſtitutum ad cauſam, *habentem ſuper hoc ſpeciale mandatum*, admiſit ad praeſtandum in ea *calumniae iuramentum.*“

22) Reichsabſch. v. J. 1654. §. 43. „Ueber dieſes verordnen Wir und wollen, daß eine jede Parthey, wie auch deren Procuratores und Advocaten, davon jedoch der Churfürſten und Ständen verpflichtete wirkliche Räthe, ſoviel ihrer Herren Rechtfertigungs-Sachen betrifft, zu excipiren, entweder in eigener Perſon, oder vermittelſt eines Special-Gewalts durch dero Procuratoren, wenn es entweder die Parthey begehrt, und der Richter es darauf erkennt, oder auch von ſelbſt, in welcherley Theil des Gerichts von Amtswegen auferlegt, das iuramentum calumniae dahin zu erſtatten ſchuldig ſeyn etc.“

23) Man ſehe hier vorzüglich Juſt. von Schmidt genannt Phiſeldek über den Eid §. 19. S. 85. ff. und MALBLANC de iureiur. §. 94. S. 387.

von einem die Hauptſache nicht betreffenden Eide für Gefährde die Rede iſt. Der letzte kann von demjenigen, dem er obliegt, rechtmäßig auch durch einen Sachwalter abgelegt werden. Erſter hingegen anders nicht, als wenn entweder der Gegner darein williget, oder ſonſt die perſönliche Ableiſtung des Eides nicht wohl möglich iſt. Dahin gehört 1) wenn langwierige Krankheit, oder nothwendige Abweſenheit und weite Entfernung desjenigen, welcher den Eid ſchwören ſoll, die perſönliche Eidesleiſtung nicht erlaubt. 2) Wenn wegen der beſondern Qualität derjenigen Parthey, welche den Eid ſchwören ſoll [24]), oder nach den beſondern Regeln des Ordens, welchem dieſelbe zugethan iſt [25]), die Eidesleiſtung nicht in Perſon geſchehen kann. Wie-

24) Wie z. B. bey Corporationen und Collegien. Ein bloßer Streitgenoß kann jedoch nicht in die Seele des andern ſchwören. S. PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. II. Obſ. 123.

25) Ein Beyſpiel aus der ältern Römiſchen Geſchichte erzählt LIVIUS *Lib. XXXI. cap. 50.* Comitiis aediles curules creati ſunt forte ambo, qui ſtatim occipere non poſſent: nam *C. Cornelius Cethegus* abſens creatus erat, cum Hiſpaniam obtineret provinciam; *C. Valerius Flaccus*, quem praeſentem crearunt, *quia flamen Dialis erat, iurare in leges non poterat*: magiſtratum plus quinque dies, niſi qui iuraſſet in leges, non licebat gerere. Petente *Flacco*, ut legibus ſolveretur, Senatus decrevit, ut ſi aedilis, *qui pro ſe iuraret*, arbitratu conſulum daret, conſules, ſi eis videretur, cum tribunis plebis agerent, uti ad plebem ferrent. Datus, *qui iuraret pro fratre*, *L. Valerius Flaccus*, praetor deſignatus, tribuni ad plebem tulerunt, plebesque ſcivit, *ut perinde eſſet, ac ſi ipſe aedilis iuraſſet.* In der Folge unter dem Kaiſer Tiberius und Calligula konnte jedoch ein Flamen dialis ſelbſt ſchwören. DIONYSIUS Lib. 59. pag. 646. Poſthaec *Caligula*, iterum Conſul, Iovis Flaminem

Viele [26]) ſind auch der Meinung, daß fürſtliche Perſonen in ihren Rechtsſtreitigkeiten, beſonders wenn ſie mit ihren Unterthanen den Proceß führen, den ihnen zugeſchobenen Haupteid perſönlich abzulegen nicht ſchuldig wären, ſondern ſolchen, auch wider Willen des Gegentheils, durch einen Anwalt zu leiſten die Befugniß hätten [26]). Allein dieſe Meinung iſt ganz ungegründet [27]). Denn fürſtliche Perſonen müſſen ſich in ihren Privatangelegenheiten nach den gemeinen in Teutſchland eingeführten fremden Rechten richten laſſen, inſofern nicht in den Reichsgeſetzen, und deren Analogie, oder durch das Herkommen, Verträge und Privilegien ein anders eingeführt iſt [28]). Nun kommen zwar in den deutſchen Reichsgeſetzen einzelne Fälle vor, in welchen die Fürſten von der perſönlichen Eidesleiſtung be-

minem vetuit in Curia iurare; hi enim, ut ſub *Tiberio* etiam, ſeorſum tum iuramentum inibant. S. *Theod. Regner. de* BASSEN de iureiur. Veterum in primis Romanor. Cap. IV. §. 19. pag. 235. Ein neueres Beyſpiel von einem Ritter und Commandeur des Ordens des heil. Geiſtes, Erzengels Michael, und heil. Hubertus führt PÜTTMANN Elector. Cap. 4. an.

26) Pütters Erörterungen und Beyſpiele des teutſchen Staats- und Fürſtenrechts 1. Band Nr. 10. S. 457. ff. Claproths Einleitung in den ord. bürg. Proceß §. 332. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 94. u. a. m.

27) S. Joh. Burkhard Geigers u. Glücks merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen. 3. Band Nr. XLI. S. 165. ff.

28) PÜTTERI primae Lineae iuris privati Principum ſpeciatim Germaniae §. 2. und HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Specim. V. medit. 2.

befreyt ſeyn ſollen [29]). Allein in keinem derſelben iſt von dem Haupteide im Proceß die Rede [30]). In ſolchen Fällen nun, wo der Eid durch einen Anwalt in die Seele ſeines Principals abgeſchworen werden ſoll, wird erfordert, daß der Procurator mit einer Specialvollmacht verſehen ſeyn müſſe, worin nicht nur der ganze Inhalt des Eides, ſondern auch die Clauſel enthalten iſt, daß der Gewaltgeber gar wohl wiſſe, und überzeugt ſey, daß ein Eid, der von ſeinem Anwalt in ſeine, des Principals, Seele geſchworen worden, eben dieſelbe Kraft und Wirkung habe, als wenn er von ihm ſelbſt wäre geſchworen worden [31]). Es wird alſo, wenn ein Eid in die Seele eines Andern mit verbindlicher Kraft abgeleiſtet werden ſoll, ſchlechterdings erfordert, daß auch derjenige, welcher eigentlich den Eid abzulegen hätte, darein willige, und kann daher gegen deſſen Willen nie geſchehen [32]).

§. 807

29) R. Abſchied vom J. 1521. Tit. 7. §. 10. Cammer-Ger. Ordn. vom J. 1515. II. Th. Tit. 10. §. 5. R. Abſchied vom J. 1555. §. 58. R. Abſch. v. J. 1654 §. 43. u. 117.

30) S. Geigers Abh. Fürſtl. Perſonen können nicht verweigern, den ihnen zugeſchobenen Haupteid in eigner Perſon zu ſchwören, wenn es der Gegentheil verlangt. In den angeführten Rechtsfällen. 3. B. Nr. 41. §. 5.

31) Ein Formular ſiehe bey Oeltze in der Anleitung zur gerichtlichen Praxis. §. 254. Nach der Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 10. Tit. §. 314. iſt bey Eidesleiſtungen die Vertretung durch einen Bevollmächtigten nicht anders, als mit ausdrücklicher Bewilligung des Gegentheils, zuläßig.

32) S. MALBLANC c. l. pag. 388. und von Bülow und Hagemanns prakt. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit. 1. B. Erört. XLIX. S. 253.

§. 807 und 808.

II. Nothwendige Eide. 1) Eid für Gefährde.

Von dem freywilligen oder angetragenen Eide kommen wir nun auf den nothwendigen Eid, welchen der Richter in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten auferlegt. Es giebt verſchiedene Arten deſſelben, welche oben (§. 796. S. 227. f.) im Allgemeinen angezeigt worden ſind. Hier iſt nun von dieſen einzelnen Arten ausführlicher zu handeln. Unter dieſen verdient

1) der Eid für Gefährde (*iuramentum calumniae*) unſere nähere Betrachtung [33]). Man verſteht darunter denjenigen Eid, wodurch der Schwörende verſichert, daß er, von der Rechtlichkeit ſeines Vorhabens überzeugt, nicht aus Schickane gegen die andere Parthey handle [34]). Dieſer Eid hat alſo Unterdrückung der Schikanenſucht im Prozeß zum Zweck, und geht hauptſächlich auf vier Puncte; nämlich 1) daß der Schwörende eine gerechte Sache zu haben glaube, alſo der Kläger nicht ohne Grund Klage erhebe, der Beklagte nicht ohne Grund dagegen excipire; 2) daß er ſich keiner falſchen Beweismittel bedienen wolle; 2) keine unnöthige Friſten zum Nachtheil des Gegners ſu-

33) *Io. Strauch* Diſſ. de iuramento calumniae *Ienae 1668. Io. Ern.* FLOERCKE Diſſ. de iuram. calumniae, *Ienae 1731.* und *Io. Aug.* GERSTAECKER Diſſ. de iureiurando calumniae ſecundum principia iuris Rom. german. canonici et ſaxonici. Specim. I. ex iure Romano. *Lipſiae 1795.*

34) S. GROLMANS Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 69. Die Bedeutung des Worts *Calumnia* iſt ſchon an einem andern Orte erklärt worden. S. den 5. Theil §. 427. S. 386.

ſuche; und 4) dem Richter weder etwas gegeben oder verſprochen habe, noch etwas geben oder verſprechen wolle, um ihn für die Sache zu gewinnen [35]). Man theilt den Eid für Gefährde ein in den allgemeinen, (*iuramentum calumniae generale*) und den beſondern, (*iuramentum calumniae ſpeciale*), je nachdem er entweder in Hinſicht auf den ganzen Proceß, oder nur in Hinſicht auf einzelne proceßualiſche Handlungen abgeleiſtet wird. Durch jenen wird betheuert, daß der Schwörende ſeine Sache überall für gerecht halte, und während des Laufs des Proceſſes den Gegner nicht ſchikaniren wolle. Durch letztere aber wird nur verſichert, daß man eine gewiſſe beſtimmte Handlung im Proceß blos in der Abſicht vornehme, weil die Verfolgung unſeres Rechts ſie erfordert, und nicht um den Gegner ungebührlicher Weiſe damit zu beläſtigen. Der allgemeine Eid für Gefährde wird insgemein für eine Erfindung des Kaiſers Juſtinian gehalten, daß aber der beſondere älter ſey, geben alle zu [36]). Allein beyde Eidesarten ſcheinen ſchon längſt vor Juſtinian im Gebrauch [37]) geweſen zu ſeyn. Das iura-

35) *L.* 44. *§.* 4. *D. fam. erciſc. L.* 5. *§.* 14. *D. de novi oper. nunciat. L.* 6. *§.* 2. *D. de edendo. L.* 13. *§.* 3. *D. de damno inf. L.* 15. *D. ad exhib. L.* 9. *C. de reb. credit. L.* 2. *pr. Cod. de iureiur. propt. calumn. Nov. XLIX. cap.* 3. *pr.* und *Nov. CXXIV. c.* 1.

36) S. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 89.

37) S. *Corn. van* BYNCKERSHOEK Obſervat. iur. Rom. Lib. VII. c. 9. *Franc.* BROEUS Expoſition. in Iuſtin. Inſtitut. Lib. IV. Tit. 16. ad §. *Ecce enim* pag. 852. *Ev.* OTTO Comm. ad §. 1. I. de poen. temere litig. *Em.* MERILLIUS in Comm. ad eund. §. 1.

mentum calumniae generale wurde zuerſt von den Athenienſern entlehnt [38]), war jedoch nur hauptſächlich in peinlichen Fällen üblich [39]). Der Ankläger mußte gleich Anfangs ſchwören, daß er die peinliche Anklage nicht aus Schikane anſtelle [40]). Dieſer Eid kam aber in der Folge außer Gebrauch, als die inſcriptio in crimen bey peinlichen Anklagen eingeführt wurde [41]). Denn ſchon Kaiſer **Antonin** gedenkt dieſes Eides nicht mehr [42]). Im Civilproceß ſchwur hauptſächlich nur der Kläger, wenn es verlangt wurde, nämlich daß er nicht calumniae cauſa einen Proceß anfange, ſondern ſeine Sache für gerecht halte. Allein bey den Theilungsklagen mußten beyde Theile ſchwören, mithin auch der Beklagte, daß er nicht calumniae cau-

§. 1. I. pag. 544. und *Conſt. Iac. van* RENESSE Diſſ. de coercitione accuſatorum. *Traj. ad Rhen. 1724.* Cap. II. §. 1. (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. novo Diſſertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. T. II. pag. 588. ſqq.)

38) POLLUX *Onomaſt. Lib. VIII. cap. 6.* PETITUS in Legg. Attic. pag. 320.

39) LIVIUS *Lib. XXXIII. c. 47.* SENECA *Lib. III. Controv. c. 19.* In der *Lex Servilia* von J. der E. Roms 663. bey SIGONIUS Lib. II. de iudic. c. 27. heißt es: *Qui pecuniam ab altero petet, is eum, unde petet, ex praetoribus, quei in eum annum lecti erunt, ad iudicem in eum annum, quae ex H. L. factus erit, in ius educito, nomenque eius deferto, ſi de iuraverit, calumniae cauſa non poſtulare.*

40) CICERO *Lib. VIII. Ep. 8. ad Famil.*

41) *van* RENESSE c. l. pag. 591. und *Ant.* MATHAEUS de criminib. Tit. de accuſationib. c. 8.

42) *L. 1. Cod. ad SCtum Turpill.*

cauſa läugne [43]). **Paulus** läßt keinen Zweifel übrig, wenn er *L.* 44. §. 4. *D. Famil. erciſc.* ſagt. Qui familiae erciſcundae, et communi dividundo et finium regundorum agunt, et actores ſunt et rei: *et ideo iurare debent, non calumniae cauſa litem intendere, et non calumniae cauſa ad inficias ire.* Viele [44]) glauben zwar, daß dieſe Stelle vom **Tribonian** interpolirt ſey. Allein dieſe Meinung widerlegt ſich ſchon dadurch von ſelbſt, daß die Verordnung des Kaiſers **Juſtinian**, wegen der Gefährde Eide *L.* 2. *C. de iureiur. propt. calumn.* neuer iſt, als die Pandecten; denn die erſtere wurde im J. 534., die letzteren aber ſchon im Jahr 533. promulgirt, die erſte konnte alſo in die letzteren keinen Einfluß haben [45]). Es läßt ſich auch nicht behaupten, daß die Stelle des **Paulus** zu den Fällen des beſondern Eides für Gefährde gehöre. Bey anderen Klagen, als den Theilungsklagen, denn nur bey dieſen hatte man mehr, als bey andern, Schikane zu befürchten Urſache, ſcheint in der Folge der allgemeine Gefährdeeid nicht mehr gewöhnlich geweſen zu ſeyn; ſondern hatte der Kläger einen ungerechten Proceß erhoben, ſo haftete er mit der actio calumniae ex ſtipulatu für den zehnten Theil deſſen, was er ohne rechtlichen Grund gefordert

 hat·

43) S. Weſtphals Syſtem der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten, und der Erbtheilungsklage. §. 675.

44) GIPHANIUS Expoſit. ad L. 2. C. de iureiur. propt. calumn. GALVANUS de Uſufructu. Cap. 31. pag. 402. *edit. Tübing.* WISSENBACH Emblemata Triboniani Cap. 2. pag. 31. u. a. m.

45) S. *Io.* WYBO Diſſ. de Triboniano ab emblematibus WISSENBACHII liberato. Cap. II. §. 8.

hatte, zur Strafe ſeiner Calumnie [46]). An die Stelle dieſer Klage, die ohnehin zu Juſtinians Zeiten, wie er ſelbſt ſagt [47]), wieder außer Gebrauch gekommen war, führte Juſtinian den allgemeinen Eid für Gefährde wieder ein [48]), jedoch mit dem Unterſchiede, daß vermöge ſeiner Verordnung [49]), in jedem Civilproceß nicht nur beyde Par-

then-

46) *L. ult. Cod. Hermogen. de calumniator.* GELLIUS *Noct. Attic. Lib. XIV. c.* 2. CUJACIUS Obſervat. Lib. VII. c. 5. *Car.* BRETUS ordo perantiqu. iudicior. civ. c. 30. et 48. und *Ev.* OTTO in Comm. ad §. 1. I. de poen. tem. litig.

47) *§. 1. I. de poena temere litig.* Item actoris quoque calumnia coercetur. Nam etiam actor pro calumnia iurare cogitur ex noſtra conſtitutione. Utriusque etiam partis advocati iusiurandum ſubeunt, quod alia noſtra conſtitutione comprehenſum eſt. Haec autem omnia pro veteris *calumniae actione* introducta ſunt, quae in deſuetudinem abiit, *quia in partem decimam litis actores multabat.* S. THEOPHILI Paraphras. graec. ad h. §.

48) S. VINNII Comment. ad §. 1. I. de poena temere litigant. nr. 1.

49) *L. 2. pr. C. de iureiur. propt. calumn.* Neceſſarium duximus praeſentem legem ponere, per quam ſancimus, in omnibus litibus, quae fuerint poſt praeſentem legem inchoatae, non aliter neque actorem neque fugientem in primordio litis exercere certamina, niſi poſt narrationem et reſponſionem, antequam utriusque partis advocati ſacramentum legitimum praeſtent, ipſae principales perſonae ſubeant iusiurandum: et actor quidem iuret, *non calumniandi animo litem ſe moviſſe, ſed exiſtimando bonam cauſam habere:* reus autem non aliter ſuis allegationibus utatur, niſi prius et ipſe iuraverit: *Quod putans ſe bona inſtantia uti, ad reluctandum pervenerit;* et poſtea utriusque partis viros diſertiſſimos Advocatos, ſecundum quod iam diſpoſitum eſt a nobis, iuramentum praeſtare, ſacroſanctis videlicet Evangeliis ante iudicem poſitis.

theyen, ſondern auch deren Anwälte gleich Anfangs bey der Einlaſſung ſich von allem Verdacht einer Schikane reinigen ſollten. Dieſer Eid ſollte nur einmal für den ganzen Proceß geſchworen werden [50]), und dann der beſondere Eid für Gefährde nicht weiter gefordert werden können [51]). Es ſoll auch keiner Parthey dieſer Eid erlaſſen werden [52]). Kaiſer Juſtinian hatte dabey die gute Abſicht, die Partheyen gegenſeitig vor unerlaubten Chikanen zu ſichern, und folglich dadurch dem Proceß einen geſchwindern, und von muthwilligen Verzögerungen freyen Gang zu geben. Der

 Pabſt

50) *Nov. XLIX, cap. 3. in fin.*

51) *Auth.* Hoc ſacramentum *Cod. de iureiur. propter calumn.* In einem gewiſſen Falle hat jedoch Juſtinian den beſondern Eid für Gefährde beybehalten. *Nov. LXXIII. cap. 7.* S. GERSTAECKER cit. Diſſ. §. 8. in fin.

52) *L. 2. §. 4. C. de iureiur. propt. calumn.* Sed quia veremur, ne forſitan quidam colluſione aliqua utentes remittere videantur inter ſe huiusmodi ſacramentum, et ex praedicta diſſimulatione noſtram ſanctionem deludant; ſancimus, *omnes iudices, licet ex compromiſſo cognoſcant, vigorem ſuum exercentes*, (quia non pro commodo privatorum, ſed pro communi utilitate praeſentem legem poſuimus) *minime pati tale ſacramentum remitti; ſed omnino hoc et ab actore, et a fugiente exigi:* ne paulatim videatur huiusmodi res defraudari, et ſacramentum vel principalium perſonarum, vel advocatorum ex quacumque parte mutilari. Beym iuramento calumniae generali finden daher auch die Ausnahmen, welche die Geſetze beym iuram. calumniae ſpeciali machen, *L. 8. §. 5. D. Qui ſatisd. cog. L. 7. §. 3. D. de obſeq. parent.* praeſt. u. *L. 13. §. 14. D. de Damno inf.* keine Anwendung. Denn die *Nov. 49.* cap. 3. pr. ſagt ausdrücklich: *et hanc communem poſuimus legem contra omnem perſonam.* S. GERSTAECKER cit. Diſſ. §. 9. Anderer Meinung iſt *de* COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 48.

Pabſt Bonifacius VIII. hat jedoch nachher den beſondern Eid für Gefährde, unter dem Namen des iuramenti malitiae, wieder hergeſtellt, und ſtellt es der Willkühr des Richters frey, auch nach abgeleiſtetem allgemeinen Eide für Gefährde, ſo oft es ihm beliebt, noch den beſondern den Partheyen aufzuerlegen [53]). Die teutſchen Reichsgeſetze haben gleichfalls beyde Eide beſtätiget [54]). Jedoch weichen dieſelben darin von der Vorſchrift des römiſchen Rechts ab, 1) daß der allgemeine Eid für Gefährde nicht mehr abſolut weſentlich iſt, ſondern nach Befinden erlaſſen werden kann; 2) daß er in jedem Theile des Proceſſes gefordert und auferlegt werden kann [55]). Die heutige Praxis verwirft den allgemeinen Eid für Gefährde faſt durchaus, weil er völlig überflüßig und unnütz iſt, wie ſchon von mehreren ganz deutlich gezeigt worden iſt [56]). Er kann wenigſtens nie anders verlangt werden, als wenn der Richter, im Falle eines ſich äußernden gegründeten Verdachts einer Chikane, denſelben zu erkennen für nöthig findet [57]). Häufiger

53) *Cap. 2. de iuram. calumn. in 6to.* In omnibus autem cauſis, nedum ante, ſed etiam poſt quam lis fuerit conteſtata, ſive de veritate ſive *de calumnia ſit iuratum* in ipſis, *poteſt iudex a partibus exigere iuramentum malitiae, quoties viderit expedire.*

54) Jüngſt. R. Abſch. §. 43.

55) Danz Grdſ. des ordentlichen Proceſſes §. 366. und GROLMAN Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 69.

56) S. MALBLANC doctr. de iureiur. §. 90. und Juſt. von Schmidt genannt Phiſeldeck über den Eid. §. 4. S. 13. ff.

57) Nur in dieſem Falle läßt ihn noch die Preuß. Gerichtsordnung I. Th. Tit. 22. §. 38. zu.

ſiger iſt dagegen noch jetzt das iuramentum calumniae ſpeciale. Die Fälle, in welchen dieſer Eid nach dem römiſchen Recht verlangt werden kann, ſind folgende.

1) Wenn eine Parthey ihrem Gegner den Eid deferirt [58]).

2) Wenn Jemand von einem Argentarius oder Banquier die Vorlegung ſeiner Rechnungsbücher verlangt [59]).

3) Wenn Jemand um die Erlaubniß nachſucht, einen ihm gehörigen Schatz, der in einem fremden Grundſtück verborgen liegt, graben zu dürfen [60]).

4) Wenn Jemand gerichtlich darauf anträgt, daß ſeinem Gegner die unbefugter Weiſe unternommene Errichtung eines ihm nachtheiligen Werks verboten werde. (novi operis nunciatio) [61]).

5) Wenn wegen eines baufälligen Gebäudes die cautio damni infecti gefordert wird [62]); und

6) wenn der Beweisführer zur Abwendung der eidlichen Abläugnung einer producirten Urkunde den Beweis der Richtigkeit derſelben durch Vergleichung der Handſchriften führen will [63]).

58) *L. 34. §. 4. D. h. t.*

59) *L. 6. §. 2. L. 9. §. 3. D. de edendo.* S. den 4. Theil dieſes Commentars §. 286. b. S. 39. ff.

60) *L. 15. D. ad exhib.* S. den 11. Theil dieſes Commentars §. 743. S. 224. ff.

61) *L. 5. §. 14. D. de novi oper. nunciat.*

62) *L. 13. §. 3. D. de damno inf.*

63) *Nov. LXXIII. cap. 7.*

Nach heutigen Rechten kommen noch folgende Fälle hinzu.

7) Wenn eine Parthey zur Führung ihres Beweiſes bereits zwey Friſten erhalten, und um die dritte Dilation bittet [64]).

8) Wenn gegen den Ablauf der Nothfriſten oder gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß, wegen gefundener neuer Beweiſe, die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand geſucht wird [65]).

9) Wenn dilatoriſche Einreden erſt nach der Litiscontestation vorgebracht werden [66]).

10) Bey Appellationen muß ſich der Appellant mittelſt dieſes Eides reinigen [67]). Auch

11) bey dem Rechtsmittel der Reviſion [68]).

12)

64) Jüngſt. R. Abſch.

65) S. RIVINI Diſſ. de iuramento documentorum noviter repertorum. *Lipſiae 1749.* und MALBLAC doctor. de iureiur. §. 90. not. 499.

66) *Cap. 4. X. de except.* HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4531. not. e.

67) Jüngſt. R. Abſch. vom J. 1654. §. 117. u. 118. S. *Io. Car.* KOENIG Diſſ. de iuramento appellationis. *Marb. 1745.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 41.

68) Deput. Abſch. v. J. 1600. §. 145. Jüngſt. R. Abſch. §. 125. *Godofr. Dan.* HOFFMANN de iuramento reviſorio camerali. *Tüb. 1769.*

12) Das iuramentum dandorum und reſpondendorum bey Poſitionen, ſind als beſondere Arten des Eides für Gefährde ſchon oben [69]) vorgekommen.

§. 809.

Wenn findet der Eid für Gefährde Statt? Wem kann dieſer Eid auferlegt werden? Wer iſt davon befreyet?

Der Eid für Gefährde hat nur dann Statt, wenn der Richter darauf erkennt [70]). Ulpian ſagt: Hoc iusiurandum *auctore Praetore* defertur [71]). Der Richter legt nun dieſen Eid entweder von Amtswegen auf, oder auf Verlangen der Gegenparthey [72]). Der Richter kann aber auch dieſen Eid erlaſſen, wenn er gleich von dem Gegner verlangt worden wäre, weil kein hinreichender Grund des Verdachts vorhanden iſt [73]), es müßte denn dieſer Eid nothwendige Formalität eines Rechtsmittels ſeyn [74]). Es kann übrigens jeder, er ſey Parthey, oder derſelben Stellvertreter, ohne Rückſicht auf Stand und andere Verhältniſſe,

69) S. den II. Th. dieſes Commentars §. 747. S. 294. und *Ge. Chriſtph.* NELLER Diſſ. de iuramentis dandorum et reſpondendorum. in EIUS *Opuſcul.* Tom. I. P. II. Nr. 15. pag. 409. ſqq.

70) S. FLOERCKE Diſſ. cit. §. 9.

71) *L. 5. §. 14. D. de novi oper. nunciat.*

72) Jungſt. R. Abſch. §. 43.

73) BOEHMER Iur. eccles. Proteſt. Tom. I. Lib. II. Tit. 7. §. 7. et 8. Danz Grdſ. des ordentl. Proceſſes §. 366.

74) GROLMAN Theorie des gerichtl. Verfahrens. §. 69. Not. e, S. 107.

niſſe, mithin auch ein Geiſtlicher [75]) ſo gut, wie ein Weltlicher, desgleichen Vormünder und Curatoren, Sachwalter und Advocaten, wenn ſie ſelbſt der Verdacht trifft [76]), zu jeder Zeit, ſowohl in der erſten als zweyten Inſtanz, dazu gezwungen werden.

Einige ſind jedoch von dieſem Eide frey. Hellfeld rechnet dahin

1) diejenigen, welche von Amtswegen klagen. Allein dies läßt ſich nicht ſo allgemein behaupten. Der Reichsabſchied vom Jahr 1654. §. 43. befreyet nur der Churfürſten und Stände verpflichtete wirkliche Räthe, ſoviel ihrer Herren Rechtfertigungsſachen betrifft, von der Ableiſtung des iuramenti calumniae generalis, weil bey ſolchen Perſonen, die kein eigenes Intereſſe bey der Rechtsſache haben, deren Ausführung ihnen vermöge ihres Amts obliegt, eine ſchon im An-

75) Die Verordnung des Pabſts Honorius II. im *cap.* 1. *X. de iuram. calumn.* erläßt zwar den Geiſtlichen dieſen Eid, in Beziehung auf eine Verordnung des Kaiſers Marcian, der darin irrig Marcus genennt wird (*L.* 25. §. 1. *C. de Episcop. et Cleric.*) und des Kaiſers Heinrichs II. (in *Legib. Longob.* Lib. II. Tit. 47. c. 10. bey LINGENBROG in Cod. Legg. antiquar. *Frfti.* 1613. pag. 509.) Allein nach *Cap.* 5. *et* 7. *X. eod.* können ſie den Eid nicht ablehnen. S. *Iuſt. Henn.* BOEHMERI ius eccleſ. Proteſt. T. I. Lib. II. Tit. 7. §. 4. und *Ge. Chriſtph.* NELLER Repetitio discurſiva Cap. 1. X. de iuram. calumniae. in *Opuſcul.* Tom. I. P. II. Nr. 12. pag. 251. ſqq.

76) *L.* 2. §. 2. *C. de iureiur. propt. calumn.* S. FLOERCKE cit. Diſſ. §. 10. und *Tob. Iac.* REINHARTH ſelect. Obſervat. ad *Chriſtinaeum* Vol. V. Obſ. 29 pag. 39.

Anfang des Proceßes eintretende calumnia generalis nicht wohl denkbar iſt. Aus gleichem Grunde behauptet man, daß auch herrſchaftliche Fiskäle von dem Eide für Gefährde befreyet ſind, weil ſie aus Amtspflicht handeln [77]). Allein wenn man dies auch von dem allgemeinen Eide für Gefährde gelten läßt, ſo iſt doch eine Ausnahme in Anſehung ſolcher Officialen vom iuramento calumniae *ſpeciali* nicht erweislich; ſie können daher von dieſem Eide wider den Willen der Gegenparthey um ſo weniger befreyet werden, weil in den Fällen, wo die Geſetze dieſen Eid vorſchreiben, nur höchſt ſelten der Richter im Stande iſt, über das wirkliche Daſeyn der Gefährde mit einiger Zuverläßigkeit zu urtheilen [78]). Jedoch ſollen

2) von dem beſondern Eide für Gefährde, Eltern und Patrone frey ſeyn, wenn ſie mit ihren Kindern und Freygelaſſenen Proceße führen, weil es die ſchuldige Ehrfurcht beleidigen würde, von ſolchen Perſonen zu verlangen, daß ſie ſich von dem Verdacht der Chikane reinigen ſollen. Nach den deutlichen Stellen des römiſchen Rechts, welche hiervon handeln, iſt dieß auch außer Zweifel. Denn ſo ſagt Paulus *L.* 8. §. 5. *D. Qui ſatisdare cog.* Iubetur iurare de calumnia, ne quis vexandi magis adverſarii

77) *Arg. L.* 5. §. 13. *D. de his, quae ut indign.* MEVIUS P. VI. Dec. 138. GAIL Obſervat. Lib. I. Obſ. 90. FLOERCKE cit. Diſſ. §. 12.

78) *Ge. Henr.* AYRER Diſſ. de neceſſitate officii a iuramento calumniae non liberante. *Goettingae* 1747. SCHORCH Conſil. Erfordiens. Nr. CCXCIV. n. 26. Fried. von Bülows und Theod. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit. 2. Band. Erört. XV.

ſarii cauſa forſitan, cum Romae poſſit ſatisdare, in municipium evocet. *Sed quibusdam hoc iusiurandum de calumnia remittitur: veluti parentibus et patronis.* Dieſes Vorzugs der Eltern und Patrone gedenkt auch **Ulpian** bey der Eidesdelation *L.* 16. *D. de iureiur.* Si patronus deferat iusiurandum libertae ſuae, *de calumnia non debet iurare;* und *L.* 7. *§.* 3. *et* 4. *D. de obſequiis parentibus et patronis praeſtandis.* Nec deferentes iusiurandum *de calumnia iurant.* Necnon et ſi ventris nomine in poſſeſſionem calumniae cauſa miſſa dicatur Patrona, libertus hoc dicens non audietur: quia de calumnia patroni queri non debet. *His enim perſonis etiam in caeteris partibus Edicti honor habebitur.* Ferner bey der cautio damni infecti. *L.* 13. *§.* 14. *D. de damno inf.* Sed ſi eius nomine poſtulem, qui, ſi ipſe poſtularet, iurare non compelleretur (*veluti patronus vel parens*) dicendum eſt, locum iuriiurando non eſſe: de quo enim ille non iuraret, nec, qui vice eius poſtulat, in hac ſtipulatione debet iurare. Gleichwohl ſagt eben dieſer **Ulpian** *L.* 34. *§.* 4. *D. h. t.* nach der florentiniſchen Leſeart: Qui iusiurandum defert, prior de calumnia debet iurare, ſi hoc exigatur: deinde ſic ei iurabitur. *Hoc iusiurandum de calumnia neque patrono neque parentibus remittitur.* Nach dieſer Leſeart ſteht nun aber freilich dieſes Fragment mit den vorhin angeführten Stellen dieſes Rechtsgelehrten in einem offenbaren Widerſpruche. Da ſich jedoch ein ſolcher Widerſpruch in den Fragmenten des nämlichen Rechtsgelehrten nach den Regeln der Hermeneutic nicht wohl annehmen läßt, ſo haben die Ausleger des röm. Rechts hier mancherley Verſuche gemacht,

den-

denſelben zu heben. **Gerhard Noodt** 79) glaubt, **Ulpian** laſſe ſich ſehr gut mit ſich ſelbſt vereinigen, wenn man zwiſchen den W o r t e n des Edicts, welcher dieſer römiſche Juriſt *L.* 34. *h. t.* erklärt, und dem G e i ſt deſſelben unterſcheidet. Nach der Allgemeinheit der erſtern ſeyen auch nicht einmal Eltern und Patrone von dem iuramento calumniae zu befreyen, wenn ſie den Eid deferiren. Allein da doch der Prätor in andern Fällen ſeines Edicts die dieſen Perſonen gebührende Ehrfurcht ſchont, ſo ſey aus dieſem Grunde auch bey dem Eide für Gefährde nach dem Geiſt deſſelben in Anſehung der Eltern und Patrone eine Ausnahme zu machen. Nun iſt zwar nicht zu läugnen, daß dieſe Ausnahme nicht ſowohl in den Worten des Edicts, welches keinen Unterſchied macht, als vielmehr in einer Auslegung der röm. Rechtsgelehrten gegründet ſey, wie auch Hr. Oberappellationsrath **Kind** 80) ſehr gründlich bemerkt hat. Allein gerade deswegen hätte man hier, wo **Ulpian** das Edict des Prätors erklärt, am wenigſten erwartet, daß er blos bey den Worten des Edicts würde ſtehen geblieben ſeyn, da er in allen übrigen von ihm angeführten Fragmenten die Eltern und Patrone von dem beſondern Eide für Gefährde ausnimmt. Jedoch iſt dieſe Erklärung immer weit wahrſcheinlicher und ſinnreicher, als die divinatoriſche Interpretation des **Hubert Giphanius** 81) welcher glaubt, daß **Tribonian** dieſe Stelle in Gemäßheit der *L.* 2. *C. de iuram. propter calumniam* interpolirt habe, und

79) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 285.

80) Quaeſtion. for. Tom. I. cap. 71.

81) Explanat. difficilior. Legum Cod. ad L. 2. de iureiur. propt. calumn. pag. 130.

und daß alſo dieſelbe von dem neuen iuramento calumniae zu verſtehen ſey. Es widerlegt ſich aber dieſes vermeintliche Emblema, wie ſchon Cornelius van Bynkershöck [82]) ſehr richtig erinnert hat, aus Ulpians Fragment von ſelbſt. Denn es heißt darin, der Eid für Gefährde ſolle geſchworen werden, ſi hoc exigatur, da doch das iuramentum calumniae, wovon *L.* 2 §. 4. *Cod. de iureiur. propt. calumn.* redet, nicht von dem Willen der Parthenen abhängt, und ſelbſt vom Richter nicht erlaſſen werden ſoll. Ueberdem iſt die *L.* 2., wie ich ſchon oben (§. 808.) bemerkt habe, ein Jahr ſpäter, als die Pandecten, gegeben worden. Ergone Tribonianus, ſagt daher Bynkershöck, Pandectis inſeruit, quod nondum erat conſtitutum, ſed conſtitutum iri praevidebat, ſpiritu forte prophetico agitatus? Ich übergehe die eben ſo unwahrſcheinlichen, als erzwungenen Erklärungen eines Wilhelm Fornerius [83]), Juſtus Meier's [84]), Abraham Wielings [85]), und Bernhard Heinrich Reinolds [86]), welche ſchon Everhard Otto [87]), und Carl Friedrich Walch [88]) näher geprüft haben. Es iſt wohl unläugbar,

82) Obſervat. iur. Rom. Lib. VII. cap. 9. pag. 214. edit. *Heinecc.*

83) Lib. II. Selection. cap. 4. in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 49.

84) Colleg. iuris argentorat. Tom. I. h. t. §. 16. pag. 753.

85) Iurisprud. reſtituta. Tom. II. pag. 212.

86) Ad. MERCERII Conciliator. not. 90. pag. 57.

87) Praefat. ad Tom. II. Thes. iuris Rom. pag. 15.

88) Ad ECKHARDI Hermeneut. iuris Lib. I. §. 51. pag. 46. und §. 283. pag. 519. ſq.

bar, daß die Leſeart in der L. 34. fehlerhaft ſey, und daß ſtatt *neque patrono, neque parentibus* vielmehr *aeque patrono atque parentibus* geleſen werden müſſe. Hierin ſtimmen auch die meiſten Ausleger [89]) überein. Dieſe Emendation hat nicht nur die Auctorität der Baſiliken [90]) für ſich, in welchen die Stelle ſo lautet: Ὁ ἐπάγων πρῶτος ὄμνυσι τὸν περὶ συκοφαντίας, ἐὰν ἀπαιτηθῇ, ὃν οὐκ ὄμνυσι πατὴρ ἢ πάτρων. i. e. *Qui iusiurandum defert, prior de calumnia iurat, ſi exigatur, quod non iurat pater aut patronus*; ſondern ſie wird auch durch eine große Anzahl von Manuſcripten unterſtützt, dergleichen **Lud. Charon-**

89) *Iac.* CUJACIUS Obſervation. Lib. IX. cap. 37. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 34. §. 4. D. h. t. *Franc.* DUARENUS de iureiur. cap. 4. in *Operib.* pag. 207. *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XXIV. c. 21. *Io.* LEUNCLAVIUS Notator. Lib. II. in *Theſ. Otton.* Tom. III. pag. 1513. *Guil.* BARCLAIUS Comm. ad h. Tit. bey OTTO Tom. III. pag. 946. *Elb.* LEONINUS Emendat. lib. V. c. 20. *Io.* VOET Comment. ad Pand. Lib. III. Tit. 6. §. 4. *Ant.* SCHULTING Theſ. controv. Decad. XXXX. Th. 3. *Ev.* OTTO cit. Praef. POTHIER Pand. Iuſtinian. Tom. I. h. t. Nr. XXVIII. *Siegm. Reich.* JAUCH Meditat. crit. de negationib. Pandect. Florent. cap. 17. ECKHARD Hermeneut. iur. Lib. I. §. 51. not. *. et §. 283. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 14. *Io. Lud.* CONRADI Obſervation. iuris civ. Vol. I. (*Marburgi 1782. 8.*) pag. 54. ſq. u. a. m. Unter den Practikern ſtimmen beſonders CARPZOV Iurispr. for. P. I. Conſtit. XII. Def. 24. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. IV. Obſ. 151. nr. 392. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXL. Cor. 2. und KIND Quaeſt. for. Tom. I. Cap. 71. für dieſe Leſeart.

90) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. pag. 128.

rondas [91]), Valent. Wilhelm Forſter [92]) und Georg Obrecht [93]) anführen, denen ich nach unſern Erlanger *Cod. Dig. vet.* beyfügen kann, welcher *hoc iusiurandum de calumnia aeque patrono parentibusque remittitur*, lieſet. Man findet dieſe richtigere Leſeart auch bey Stephan [94]), Haloander [95]), Baudoza [96]), Jacob Marechall (Lyon 1525.) [97]) und in mehreren andern Ausgaben der Pandecten, welche Forſter [98]) angeführt hat.

3) Wegen des genauen auf wechſelſeitige Treue gegründeten Verhältniſſes zwiſchen Lehnherrn und Vaſallen wird auch dieſen der Eid für Gefährde gegenſeitig erlaſſen [99]).

91) Edit. Pand. Antwerp. 1575. pag. 153.

92) De iuris interpretat. Lib. I. cap. 2. nr. 14. (in *Theſ. iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 961.)

93) Tr. de iuramento calumn. Cap. V. nr. 20.

94) Man ſehe Brencmanns Note ad L. 34. h. t. in dem Gebauerſchen Corp. iur.

95) Haloander lieſet *aeque patrono et parentibus.*

96) Baudoza hat *aeque patrono parentibusque.*

97) Dieſe Ausgabe führt OTTO in praefat. ad Tom. II. Theſ. I. R. p. 15. an, ſie ſoll *aeque patrono atque parentibus* leſen.

98) Cit. loc.

99) *II. Feud. 33. §. 1. II. F. 58. pr.* BITSCH Commentar. ad 2. Feud. 33. §. 1. pag. 588. FLOERCKE D. de iuram. calumn. §. 12. pag. 26. Wenn Vaſallen unter ſich ſtreiten, ſo ſind ſie vom Eide für Gefährde nicht frey. Ludovici Lehnsproceß Kap. 12. §. 4. HORN Iurisprud. feud. Cap. XXV. §. 19.

§. 810.

Wirkung des Eides für Gefährde.

Iſt der Eid für gefährde abgeleiſtet, ſo wird dadurch zwar der Verdacht der Bosheit und Chikane, aber nicht der Vorwurf eines muthwilligen Streitens aus dem Wege geräumt. Es kann daher die Parthey, welche dieſen Eid geſchworen hat, doch noch als verlierender Theil in die Proceßkoſten verurtheilt werden [100]). Einige der ältern Rechtsgelehrten [1]) haben zwar die Leiſtung des Eides für Gefährde als einen gültigen Grund der Koſtenvergleichung anſehen wollen. Allein dieſe Meinung rührt offenbar aus dem Irrwahn her, daß derjenige, welcher dieſen Eid geſchworen hat, für einen ſolchen gehalten werden müſſe, der eine wahrſcheinlich gerechte Urſach zum Streit gehabt habe, und iſt von andern ſchon längſt widerlegt, und mit Recht verworffen worden [2]).

100) *L. 79. pr. D. de iudic. L. 78. §. 2. D. de legat. II. L. 4. D. Quod vi aut clam.*

1) BERLICH Pract. Concluſ. Vol. I. Concl. 78. nr. 43. CARPZOV Iurisprud. for. P. I. Conſt. 31. Def. 30.

2) LAUTERBACH Diſſ. de expenſis victoriae §. 46. in EIUSD. *Diſſertat. academ.* Vol. II. Diſſ. 80. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXXXVIII. medit. 11. Claproths ord. bürg. Proceß. 2. Th. §. 203. Deltze Anleit. zur gerichtlichen Praxis §. 287. Weber über die Proceßkoſten §. 12. Not. 6. S. 122. Emmrich über die Proceßkoſten 1. Th. §. 74. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4531. in fin. und beſonders Joh. Lud. Schmidt in den hinterlaſſenen Abhandlungen verſchiedener practiſchen Rechtsmaterien 2. Band Nr. CXVI.

Wird der Eid für Gefährde nicht geleiſtet, ſo kommt es darauf an, ob er aufgelegt war, oder nicht. In dem letztern Falle iſt nach dem neuern römiſchen Recht das ganze Proceßverfahren nichtig, weil die Ableiſtung dieſes Eides zur weſentlichen Förmlichkeit des Proceſſes gehört, welche unnachläßlich vorgeſchrieben iſt [3]). Dieß fällt nun aber heutiges Tages weg [4]). In dem erſten Fall hingegen, da der Eid aufgelegt worden, aber verweigert wird, iſt jetzt wieder zu unterſcheiden, ob es entweder der allgemeine oder der beſondere Eid iſt. Jener war entweder einer Parthey ſelbſt, oder ihrem Anwalt auferlegt. Bey dem letztern hat die Verweigerung der Ableiſtung Verſagung des weitern Zutritts zur Folge. In dem erſten Falle hingegen wird der Kläger abgewieſen, der Beklagte hingegen als Geſtändiger verurtheilt [5]). Wird der beſondere Eid für Gefährde verweigert, ſo iſt Verluſt des Vortheils, den man mittelſt Abſchwörung dieſes Eides ziehen konnte, ja zuweilen auch Verluſt der ganzen Sache die Folge davon [6]).

§. 811.

2) Erfüllungs- 3) Reinigungseid.

Außer dem Eide für Gefährde, welcher ein bloſſer Nebeneid iſt, ſind 2) noch die nothwendigen Haupt-

oder

3) *L. 2. pr. et §. 4. C. de iuram. propt. calumn.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XXIV. cap. 3. GUDELINUS de iure noviſſ. Lib. IV. c. 8. nr. 20. FRANTZKE Commentar. in Pand. h. t. n. 62.

4) *Cap. 1. §. 1. de iur. calumn. in 6to.* MEVIUS P. VI. Deciſ. 247.

5) *L. 2. §. 6. Cod. de iuram. propt. calum. Cap. 7. §. 1. X. eod.*

6) *L. 37. D. h. t. Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 726.

oder Entſcheidungseide einer beſondern Betrachtung würdig [7]). Zu dieſen gehört vorzüglich der Erfüllungs- oder Ergänzungseid, (*iuramentum ſuppletorium*) und der Reinigungseid, (*iuramentum purgatorium*) [8]). Beyde Eide ſetzen den Fall voraus, daß diejenige Parthey, welcher der Beweis oblag, ſolchen zwar nicht gänzlich verfehlt, aber doch nur unvollkommen geführt hat, und die Möglichkeit einer andern Beweisführung nicht vor Augen liegt [9]). Hier kann der Richter, wenn durch den geführten Beweis eine dringende Vermuthung für den Beweisſatz begründet worden iſt, noch von dem Beweisführer eine eidliche Erhärtung deſſelben verlangen, um dadurch den noch vorhandenen Zweifel zu entfernen, und dem geführten unvollſtändigen Beweiſe den zur Entſcheidung der Sache erforderlichen Grad der juriſti-

 ſchen

7) *Io. Dan.* BARTHOLOMAEI Exercit. de iuramento neceſſario. *Ulmae* 1754. und *Franc.* ALEF Diſſ. de uſu iuramenti neceſſarii. (in EIUS *Dieb. academ.* ſ. *Opuſcul.* Nr. XII.)

8) *Chriſt. Frid. Ge.* MEISTERI Triga Obſervation. practicar. de iuramentis ſuppletorio et purgatorio. (in EIUS *Exercitat. academ.* Nr. 4.) *Lud.* WIESS Diſſ. de iuramento ſuppletorio. *Lugd.* 1646. *Io.* STRAUCH Diſſ. de iuram. ſupplet. *Ienae* 1655. *Chriſtph. Lud.* CRELLII Obſervat. de iureiurando ſuppletorio, quod ſine probatione decernitur. *Vitembergae* 1751. (in EIUS *Diſſertat.* Faſc. X.) *Io. Gottl.* HEINECCII Diſſ. de lubricitate iurisiurandi ſuppletorii. in *Opuſcul.* Nr. XVI. J. T. Werner über die rechtliche Zuläßigkeit des Erfüllungs- und Reinigungseides. (in dem Archiv des Criminalrechts, herausgegeben von Klein, Kleinſchrod und Konopak. 6. Bandes 1. St. Nr. III. S. 45. ff.)

9) *L. 31. D. h. t. L. 3. C. de reb. credit. Cap. 2. X. de probation.*

ſchen Evidenz zu geben. Dieſer Eid wird deswegen der Ergänzungs- oder Erfüllungseid genennt. Iſt hingegen durch den geführten Beweis nur eine entfernte, jedoch nicht ganz ſchwache Vermuthung begründet worden, oder kann der, welchen ſonſt nach den allgemeinen Regeln des Proceſſes der Ergänzungseid obliegen würde, aus beſondern Gründen nicht zur Ableiſtung deſſelben gelaſſen werden, ſo kann der Richter von der Parthey, gegen welche der Beweis geführt worden, verlangen, daß ſie ſich von dem gegen ſie vorhandenen Verdachte eidlich reinige. Dieſer Eid wird daher der Reinigungseid genennt, und hat gänzliche Aufhebung des unvollſtändigen Beweiſes zum Zweck. Ueber den Urſprung dieſer beyden Eidesarten ſind die Rechtsgelehrten verſchiedener Meinung. Daß der Ergänzungseid ſchon in dem römiſchen Rechte gegründet ſey, behaupten zwar die meiſten [10]). Für dieſe Meinung ſtreiten auch folgende Geſetzſtellen.

L. 31. *D. h. t.* wo Cajus ſagt: Admonendi ſumus, interdum etiam poſt iusiurandum exactum permitti conſtitutionibus Principum ex integro cauſam agere, ſi quis nova inſtrumenta ſe inveniſſe dicat, quibus nunc ſolis uſurus ſit. Sed hae conſtitutiones tunc videntur locum habere, cum a iudice aliquis abſolutus

10) S. *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaeſtion. Lib. I. cap. 44. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 28. *Ian. a* COSTA Praelection. ad illuſtrior. quosd. Titulos locaq. ſelecta iuris civ. pag. 156. ſq. *Franc.* ALEF cit. Diſſ. Cap. I. §. 11. ſqq. in *Dieb. academ.* pag. 401. ſqq. MALBLANC doctr. de iureiur. §. 69. et 70. THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1165.

tus fuerit: *ſolent enim ſaepe iudices in dubiis cauſis, exacto iureiurando, ſecundum eum iudicare, qui iuraverit.*

L. 3. *Cod. de reb. credit. et iureiur.* worin die Kaiſer **Diocletian** und **Maximian** einer gewiſſen Severa reſcribiren: In bonae fidei contractibus nec non in ceteris cauſis, inopia probationum, per iudicem iureiurando, cauſa cognita, res decidi oportet.

Es erhellet zugleich aus dieſen Stellen, daß der Ergänzungseid ſchon längſt vor Juſtinian, ja ſchon zu den Zeiten des Kaiſers Hadrian, unter welchem Cajus lebte, im Gebrauch geweſen ſey. Deſſen ungeachtet läugnen viele Rechtsgelehrten [11]), daß der heutige Ergänzungseid in dem römiſchen Recht gegründet ſey. Sie geben zwar zu, daß auch ſchon nach demſelben dem Richter erlaubt ſey, in zweifelhaften Fällen zur Entſcheidung der Sache auch ohne den Antrag einer Parthey auf den Eid zu erkennen, allein daß dieſer Eid bey mangelhaften Beweisgründen dem Richter zur Entſcheidungsnorm gedient habe, finde ſich nirgends. Vielmehr ſtelle das röm. Recht den Grundſatz auf: *actore non probante, abſolvendum eſſe reum* [12]). Einen unvollſtändi-

11) *Franc.* DUARENUS Anniverſar. Diſputat. Lib. II. cap. 33. und in Comm. ad h. t. cap. 7. *Hug.* DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XXIV. cap. 11. *Ant.* FABER De errorib. Pragmaticor. Decad. XIX. Err. 1—3. und in Rational. ad L. 31. D. de iureiur. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 287. (*Oper.* Tom. II.) und Probabil. Lib. III. cap. 6. HEINECCIUS cit. Diſſ. de lubricit. iurisiur. ſuppletor. §. 8—19. und WERNHER in lectiſſ. Commentat. in Pand. h. t. §. 27.

12) *L. 10. D. de teſtib. L. 2. Cod. de probat. L. 4. Cod. de edendo. L. 9. Cod. de except.*

ſtändigen Beweis kenne das römiſche Recht gar nicht [13]); und ein Zeuge ſey ſo gut, wie gar kein Zeuge [14]). Eine *inopia probationum* heiße alſo hier nicht mangelhafter Beweis, nein, gerade das Gegentheil, nimia probationum utrimque concurrentium copia atque abundantia, quae iudicem turbet, et conſilii in eligendo inopiam pariat! Um dieſen Sprachgebrauch zu beweiſen, beruft man ſich auf das Zeugniß des Apulejus [15]), welcher ſagt: *Pſychen, adſpectu Cupidinis dormientis accenſam, et nimia voluptatis copia turbatam, inopia fruendi laboraſſe;* und glaubt ihn vollends durch die *L. 1. C. de Quaeſt.* außer Zweifel zu ſetzen, wo die Kaiſer Sever und Antonin ſagen: In pecuniariis vero cauſis nec *inopia probationum* ſervos contra dominum interrogari poſſe, manifeſtum eſt: wenn man damit die *L. 20. D. eodem* vergleicht [16]). Nach dieſer Erklärung ſey alſo eine *cauſa*

13) *L. 19. pr. et §. ult. D. de probat. L. 26. §. ult. D. depoſiti. L. alt. Cod. de rei vindicat. L. 9. C. de obligat. et action.* Daher werde das Wort *implere* in den Geſetzen ſehr häufig für probare genommen. *L. 23. D. de probat. L. 1. C. eodem. L. 1. C. de condict. ob turp. cauſ. L. 3. C. de non num. pecun.*

14) *L. 9. §. 1. Cod. de teſtib.* Sancimus, ut unius omnino teſtis reſponſio non audiatur, etiamſi praeclarae curiae honore praefulgeat.

15) *Metamorph.* ſ. *de aſino aureo* Lib. V. pag. 100. (edit. *Altenburg.* 1778. 8.)

16) *Henr.* BRENCMAN in Diſput. de Legum inſcriptionibus §. 29. (in WIELING *Iuriſprud. reſtituta* Tom. II. pag. 175.) will an dieſem Beyſpiel zeigen, wie nöthig es bey der Erklärung der Röm. Geſetze ſey, den Sprachgebrauch des Zeitalters zu kennen. *Videlicet*, ſagt er, *ICti libellos agentes ſub Impp. quorum*

ſa dubia, welche den Richter nach dem röm. Recht berechtige, auf den Eid zu erkennen, nur dann vorhanden, wenn zwar der Producent ſeiner Seits vollſtändig bewieſen hat, dieſer Beweis aber durch den ebenfalls an ſich vollſtändigen Gegenbeweis des Producten in eine ſolche Lage geſetzt worden, daß der Richter nun ungewiß iſt, für wen er ſprechen ſoll. Hier könne der Richter der Parthey den Eid auflegen, deren Moralität er zu trauen die meiſte Urſache hat, und für dieſe ſprechen, wenn ſie den Eid geſchworen hat. Ich übergehe die Stellen, die man noch zur Unterſtützung dieſer Erklärung aus Cicero, Horaz und Terenz, beſonders von der *coena dubia*, (riſum teneatis amici) anzuführen pflegt. Denn ſchon längſt haben Vinnius [17]), Crell [18]), Alef [19]) und Malblanc [20]), das höchſt Unwahrſcheinliche, Gezwungene, und offenbar Irrige in dieſer Erklärung lichtvoll dargeſtellt. Das Wort *inopia* bedeutet ſowohl nach dem Sprachgebrauch der Claſſiker, als der röm. Juriſten nichts anders als Mangel, Schwäche, Unvollkommenheit, und wird dem Wort *copia*, Vorrath, Reichthum, Ueberfluß, entgegengeſetzt. Man ſchlage nur Briſſon [21]), Ges-

Aa 5 ner

rum eſt L. 1. C. de Quaeſt. et L. 3. C. de reb. credit. Apulejum imitati videntur, ut floridi et elegantis (eo inprimis tempore) ſtyli Scriptorem.

17) Select. iuris Quaeſt. Lib. I. cap. 44.

18) Diſſ. cit. de iureiur. ſuppletorio. Obſ. 5.

19) Diſſ. cit. de uſu iuram. neceſſarii Cap. I. §. 11. ſqq.

20) De iureiur. §. 70.

21) Opus de Verbor. Signif. v. *Inopia.*

ner [22]) und Scheller [23]) nach, um ſich davon zu überzeugen. In dieſer Bedeutung kann daher der Ausdruck *inopia probationum* nichts anders heiſſen, als Mangel an hinlänglichen Beweiſen, oder eine ſolche Unvollſtändigkeit des Beweiſes, welche noch einen Zweifel übrig läßt, ob die Forderung oder der Anſpruch des Producenten gleich wohl gegründet ſey, und daher noch einer Stütze bedarf, wenn für ihn erkannt werden ſoll [24]). Denn nach einer bekannten Regel der Hermeneutic muß man ſo lange die Worte eines Geſetzes dem gemeinen Sprachgebrauche gemäß erklären, bis man Grund hat, zu glauben, daß der Geſetzgeber davon abgewichen ſey. Nun läßt ſich doch wohl im Ernſt nimmermehr glauben, daß der Concipient der *L. 3. C. de reb. credit.* bey der *inopia probationum* an den goldnen Eſel des Apulejus, und deſſelben ſchwärmeriſche Liebesgeſchichte gedacht habe! gewiß eben ſo wenig, als daß Cajus bey ſeinen *cauſis dubiis* in der *L. 31. D. h. t.* die *coena dubia* bey Terenz [25]) im Sinne gehabt haben ſollte. Und dennoch will man deswegen vom gemeinen Sprachgebrauche abgehen? Itane vero APULEJI delirio potius, quam candidae Iuriſconſultorum ſimplicitati credendum? non putem, ſagt Alef, deſſen Worte hier einen vorzüglichen Platz verdienen. Illius

22) Theſ. linguae latinae h. v.

23) Lat. teutſch. Wörterbuch h. v.

24) Dies erhellet auch deutlich aus folgenden Geſetzſtellen. *L. 9. L. 18. §. 4. D. de Quaeſt. L. 12. C. eod. L. 7. D. de teſtib. L. 7. D. de probat.* PAULUS *Sent. recept. Lib. V. Tit. 14. §. 2.*

25) *Phormio. Actu II. Sc. II. v. 28.*

Illius erat, ſuavi verborum luſu riſum excitare ſpectatorum; horum, gentes docere, earumque actionibus apertam praeſcribere normam. Illi applauſus populi lucro fuit; his gentium ſalus et curae et cordi erat. Ille tropos metaphorasque, hi (quod neceſſe erat) ſermonis affectabant ſimplicitatem. Neque, ſi APULEJO fidem adhibere in materia iuris fas eſſet, NOODTIUM iuvat: ut enim ille (relege verba) non voluptatum, ſed fruentis queritur inopiam, ita contra Imperatores DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS in *cit. L.* 3. non iudicis, ſed probationum inopiam ſua tangunt oratione; de hac, non illa, ſtatuentes, iuramento neceſſario locum facere.

Geſetzt aber, man wollte auch nach jener Erklärung den Fall annehmen, daß Beweis und Gegenbeweiß colliдiren, und beyde Beweiſe gleich vollſtändig ſind; wie kann hier der Richter in die Verlegenheit kommen, auf den Eid zu erkennen? Ein Beweiß hebt ja den andern auf, und es muß daher wider den Beweisführer erkannt werden, wenn nicht wegen Stärke der Gründe oder anderer Begünſtigungen der Beweis den Vorzug vor dem Gegenbeweis verdient [26]. Wie kann alſo hier eine cauſa dubia ſeyn, welche erſt durch den Eid entſchieden werden müßte? Wohl aber kann dies der Fall ſeyn, wenn noch kein hinlänglicher Beweis vorhanden iſt. Hier iſt es den angeführten Geſetzen

26) S. *Guil.* BARCLAII Comm. ad L. 31. D. h. t. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iuris Rom.* Tom. III. pag. 957.) KOCH Diſſ. de eo, quod iuſtum eſt circa delationem iuram. litis deciſorii §. 30. und Gönners Handbuch des gemeinen Proceſſes 2. Band Nr. XLI. §. 11.

ſetzen gemäß, daß der Richter den noch vorhandenen Zweifel dadurch heben kann, daß er dem Beweisführer den Eid auflegt, um dadurch den geführten unvollſtändigen Beweis zu ergänzen. In welche Verlegenheit oft der Richter gerathen kann, wenn die Frage davon iſt, ob der beygebrachte Beweis vollſtändig ſey oder nicht, erhellet aus dem Reſcript des Kaiſers Hadrian an den **Valerius Verus**, welches Calliſtratus *L.* 3 §. 2 *D. de teſtib.* anführt, und folgendermaßen lautet: Quae argumenta *ad quem modum probandae cuique rei ſufficiant, nullo certo modo ſatis definiri poteſt. Sicut non ſemper, ita ſaepe ſine publicis monumentis cuiusque rei veritas deprehenditur. Alias numerus teſtium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti conſentiens fama confirmat rei, de qua quaeritur, fidem. Hoc ergo ſolum tibi reſcribere poſſum ſummatim, non utique ad unam probationis ſpeciem cognitionem ſtatim alligari debere, ſed ex ſententia animi tui te aeſtimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris.* Daß das römiſche Recht den unvollſtändigen Beweis gar keine andere Wirkung beylege, als die, den Beklagten frey zu ſprechen, iſt offenbar falſch. Die bekannte Rechtsregel: *Actore non probante, reus abſolvitur*, kann nur von dem Falle gelten, wo der Kläger entweder nicht das geringſte Begründungsdatum, oder wenigſtens nicht ſo viel Beweisgründe für ſeinen Anſpruch beyzubringen vermochte, um bey dem Richteramte dadurch vernünftige Vertrauungsmotive in ſeine Gewiſſenhaftigkeit zu erregen. Als Beleg zu dieſer Wahrheit kann der Fall bey Gellius [27]) dienen, wo derjenige, welcher eine Geldforderung einklagte, die Schuld *neque tabulis neque teſtibus* erweiſen konnte, *ſed argu-*

27) *Noct. Attic. Lib. XIV. cap.* 2.

argumentis admodum exilibus utebatur. Hier war es freylich nach dem röm. Rechte keinem Zweifel unterworffen, *quod abſolvendus foret reus, quem accepiſſe pecuniam nulla probatione ſolemni doceretur.* Sicher würde aber der Beklagte nicht freygeſprochen worden ſeyn, wenn der Kläger nur wenigſtens die eidliche Ausſage eines klaſſiſchen Zeugen für ſich gehabt hätte. Zwar ſagt **Paulus** [28]): unius teſtimonio non eſſe credendum, und Kr. **Conſtantin** [29]) verordnet, ut unius omnino teſtis reſponſio non audiatur. Allein damit hat keinesweges geſagt werden wollen, daß ein Zeuge gar nichts beweiſe, ſondern der Sinn gehet offenbar nur dahin, daß einem Zeugen allein noch nicht derjenige Glaube und diejenige Beweiskraft beyzulegen ſey, welche erfordert wird, um ein Definitiv-Erkenntniß darauf zu bauen, wenn nicht noch andere Beweisgründe hinzutreten [30]). Hierzu kann nun aber der Eid des Producenten um ſo mehr dienen, weil auch der Erfüllungseid als ein Beweismittel anzuſehen iſt. Daß zur Ergänzung eines mangelhaften Beweiſes der Richter auch ſchon nach dem röm. Rechte auf den Eid erkennen könne, erhellet, auſſer den oben angeführten Stellen, auch noch inſonderheit aus *L.* 1. §. 40. *D. depoſiti*, wo **Ulpian** ſagt: Si quis argentum vel aurum depoſitum petat, utrum ſpeciem an et pondus complecti debeat? Et magis eſt, ut utrumque complectatur: ſcyphum forte vel lancem vel pateram dicendo, et materiam et pondus addendo: *ſalvo eo, ut ſi de quantitate ponderis incertum eſt,* iu-

28) *L.* 20. *D. de Quaeſtion.*

29) *L.* 9. *Cod. de teſtib.*

30) S. CRELLII Diſſ. cit. Obſ. 4.

iuranti ſuccurratur. Selbſt Anton Faber kann nicht läugnen, daß hier vom Ergänzungseide die Rede ſey, wenn er ſagt: *At ſuccurritur ei, qui depoſuit, cum admittitur ad iurandum ad hoc duntaxat, ut ſuam intentionem probet ac impleat, non deferente adverſario iusiurandum.* So wäre denn wohl der römiſche Urſprung des Ergänzungseides außer Zweifel geſetzt [32]). Ob aber auch der Reinigungseid ſchon den Römern bekannt geweſen, oder aus welchem Rechte ſonſt deſſelben Urſprung herzuleiten ſey, iſt ebenfalls ſehr ſtreitig. Einige [33]) wollen wirklich Spuren von dieſem Eide in dem röm. Rechte entdeckt haben [34]). Andere [35]) leiten den Urſprung deſſelben

31) Rational. in L. 1. §. 44. D. depoſiti.

32) Man ſehe noch *I. H.* BOEHMERI ius eccleſ. Proteſt. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 69 et 70.

33) *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XXIV. cap. 10. *Rad.* FORNERIUS Rer. quotidianar. Lib. V. cap. 19. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iuris Rom.* Tom. II. pag. 271.) *Ant. Flor.* RIVINUS Iurisprud. polem. pag. 51. und *Mich. God.* WERNHER lectiſſim. Commentationes in Pand. h. t. §. 31.

34) Man führt gewöhnlich an *L. 31. D. h. t.* wegen der Worte: *cum a iudice aliquis abſolutus fuerit.* Allein daraus folgt noch lange nicht, daß der Beklagte den Reinigungseid geſchworen habe. — *L. 5. pr. D. de public. iudic. L. 6. Cod. ad Leg. Corn. de ſicar. L. ult. in fin. Cod. de abolit.* Allein dieſe Geſetze reden zwar von einer purgatione innocentiae, aber nicht von einem iuramento purgationis, wie ſchon *Io. Van de* WATER in Obſervat. iur. Rom. Lib. II. cap. 10. pag. 171. bemerkt hat. — *L. 13. §. 2. L. 28. §. 5. D. h. t. L. fin. §. 10. C. de iure delib. L. fin. §. 5. C. de iure dom. impetr. L. 26. in fin. C. de Uſur.* Allein alle dieſe Stellen reden vom iuramento delato. — *L. 6. §. 4. C. de his, qui ad eccleſ. con-*

ben aus dem canoniſchen Recht her. Noch andere [36]) eignen ihn den Sitten der Teutſchen zu. Die mittlere Meinung verdient wohl unſtreitig den Vorzug, wie Böhmer

confug. wo die Worte: Sicubi depoſitae vel commodatae dicuntur (ſc. res eorum, qui ad eccleſiam confugerunt) inquirendi talem volumus eſſe cautelam: ut ſi ſola ſuſpicione apud aliquem adſerantur abſconditae, *de ſua etiam conſcientia ſatisfacere auctoritate venerabilis Antiſtitis iubeatur*; von einem Reinigungseide erklärt werden, aber gewiß eben ſo wenig davon verſtanden werden können, als das iuramentum manifeſtationis dahin zu rechnen iſt. Denn es iſt dort von Gläubigern die Rede, denen die gebührende Befriedigung durch Execution aus den Gütern ſolcher Schuldner nicht vorenthalten werden ſoll, welche ſich in eine Kirche geflüchtet haben; dieſe können daher auch den Eid von denen fordern, welche die von ihren Schuldnern mit ſich genommenen Sachen zur Verwahrung erhalten haben. Endlich *Nov. 124. cap.* 2. oder *Auth.* Novo iure *Cod. de poena iudicis, qui male iudicavit.* wo es heißt: Si autem litigator donationem vel promiſſionem (ſc. iudici factam) probare non potuerit, perſona, quae donationem vel promiſſionem accepiſſe dicitur, *iuret, ſe nec per ſe nec per aliam perſonam quid vel accepiſſe, vel promiſſum eſſe; eoque iureiurando praeſtito, libera ſit.* Allein die Novelle handelt vom iuramento calumniae, wie ſchon *Iuſt. Henn.* BOEHMER in Diſſ. de uſu iuramenti purgatorii in criminalib. §. 5. gezeigt hat. Das iuramentum purgationis, ſo wie es jetzt üblich iſt, läßt ſich alſo aus dem Röm. Recht nicht wohl beweiſen. Man ſehe auch *Ant.* MATTHAEI Commentar. de criminib. Lib. XLVIII. Tit. 15. Cap. 7.

35) MALBLANC de iureiur. §. 108. THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1165.

36) HEINECCIUS Elementor. iuris Germ. Tom. II. Lib. III. §. 354.

mer [37]), gründlich gezeigt hat. Der Reinigungseid trat bekanntlich an die Stelle der ehemaligen Gottesurtheile oder Ordalien [38]), und wird daher *purgatio canonica* [39]), ja auch ſelbſt *iudicium divinum* [40]) oder *iudicium iuſtum* [41]) genennt.

Um nun aber näher zu beſtimmen, wenn ehe auf den Ergänzungseid, und wenn auf den Reinigungseid zu erkennen ſey, ſo unterſcheidet man gewöhnlich folgende Fälle.

1) Der Producent hat mehr als halb, und beynahe vollſtändig bewieſen. Hier iſt dem Beweisführer der Erfüllungseid aufzulegen.

2) Der Producent hat nicht einmal einen halben Beweis beygebracht. Hier wird dem Producten der Reinigungseid aufgelegt [42]).

3) Es

37) Iur. eccleſ. Proteſtant. Tom. V. Lib. V. Tit. 34. §. 7. ſqq. pag. 559. ſqq.

38) *Pet.* GALLADE Diſſ. de iuramento purgatorio reiectis ordaliis per canones et leges ſtabilito. *Heidelbergae* 1758. *Paul Ioſ. a* RIEGGER Inſtitut. iurisprud. eccleſ. P. IV. §. 275. Ge. Aug. Hoof von den Ordalien oder Gottesurtheilen. Mainz 1784. 8.

39) Vid. Tit. Decretal. V. 35. de purgatione canonica.

40) *Can.* 25. *Cauſ. II. Qu.* 5. S. BOEHMER cit. loc. §. 12. pag. 565. *Feudor. II.* 27. §. 3. *Io. Van de* WATER Obſervat. iuris Rom. Lib. II. cap. 11.

41) *Can.* 1. *C. XXXIII.* Qu. 1. verglichen mit *Cap.* 1. *et* 5. *X. de frigid.*

42) *Cap.* 36. §. 1. *X. h. t.* Sane ſi actor omnino in probatione defecerit, reus debet, et ſi nihil praeſtiterit, obtinere. *Praeſumtione vero faciente pro illo, reo deferri poteſt ad oſtendendam ſuam innocentiam iuramentum*, niſi iudex inſpectis perſonarum et cauſae circumſtantiis illud actori videat deferendum.

3) Es iſt gerade ein halber Beweis vorhanden. Hier iſt es ſtreitig, auf welchen von beyden Eiden zu erkennen ſey. Die meiſten glauben, daß hier der Erfüllungseid Statt finde [43]). Allein andere [44]) ziehen den Reinigungseid vor, weil der Richter immer geneigter ſeyn müſſe, freyzuſprechen, als zu verurtheilen, überdem könne ein, wenn gleich eidlich beſtärktes Zeugniß, was der Producent in ſeiner eigenen Sache ablegt, nie die Kraft eines halben Beweiſes haben. Es müſſe alſo immer ein mehr als halber Beweis vorhanden ſeyn, wenn auf den Erfüllungseid ſolle erkannt werden können. Noch andere [45]) überlaſſen hier alles dem richterlichen Ermeſſen, nach der beſſern Sachkenntniß des einen oder andern Theils, oder nach der höhern Glaubwürdigkeit, welche der eine Theil vor dem andern verdient, oder nach der mehreren Rechtsbegünſtigung, welche für eine von beyden Partheyen ſpricht, zu beſtimmen, welcher

43) *Ev. Chriſtph.* CANZ Tr. de probabilitate iuridica. *Tubingae 1751.* 4. §. 221. ſqq. MEVIUS P. IV. Deciſ. 155. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 74. HEINECCIUS cit. Diſſ. §. 20. ſqq. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4527. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 815.

44) ALEF Diſſ. cit. de uſu iuram. neceſſarii. Cap. II. §. 20. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLI. medit. 2. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 72. MÜLLER Obſervat. pract. ad *Leyſerum.* Tom. II. Faſc. 1. Obſ. 317.

45) Danz Grdſ. des ordentlichen Proceſſes §. 365. Martin Lehrbuch des gem. bürg. Proceſſes §. 179. SCHNEIDERS vollſtändige Lehre vom rechtl. Beweiſe §. 400—403. Weſtphals Rechtsgutachten. 1. Th. h. t. §. 22. *Hier. Frid.* SCHORCH Diſſ. de officio iudicis in imponendo iuramento vel ſuppletorio vel purgatorio. *Erfordiae 1737.*

cher von beyden Eiden zu erkennen ſey. Dieſe letztere Meinung verdient zwar allerdings den Vorzug, doch bleibt es immer in vorkommenden Fällen ein ſchwieriges Problem, wenn ehe der Beweis für einen halben zu halten, und wenn noch weniger als ein halber Beweis vorhanden ſey? Man ſucht zwar die nach der gemeinen Theorie angenommene Gradation durch das Beyſpiel vom Zeugenbeweiſe anſchaulich zu machen. Wenn nämlich, ſagt man, die übereinſtimmende Auſſage zweyer unverdächtiger Zeugen zu einem vollſtändigen Beweiſe erfordert werde, ſo müße folglich ein unverdächtiger Zeuge gerade die Hälfte, ein nicht ganz unverdächtiger Zeuge weniger als die Hälfte, und ein glaubwürdiger Zeuge neben einen nicht ganz unverdächtigen mehr als die Hälfte ausmachen. Allein nicht zu gedenken, daß die Auſſage eines claſſiſchen Zeugen gewiß einen höhern Grad von Wahrſcheinlichkeit bewirkt, als die dem dadurch bewieſenen Factum entgegenſtehende negative Rechtsvermuthung [46]; ſo läßt ſich auch der Maasſtab vom Zeugenbeweiſe auf Urkunden, desgleichen auf die künſtlichen Beweiſe nicht füglich anwenden. Der Richter hat alſo vielmehr in vorkommenden Fällen eines unvollſtändigen Beweiſes alle zuſammentreffende individuelle Umſtände an ſich ſelbſt ſowohl, als in ihrer Verbindung mit einander ſorgfältig zu prüfen, und hiernach zu beurtheilen, ob daraus ein ſolcher Grad von Wahrſcheinlichkeit hervorgeht, der eine dringende Vermuthung für den Beweisführer begründet, oder nicht [47]. Dabey kommt es denn allerdings auch

46) S. Gönners Handbuch des gemeinen Proceſſes 2. Band Nr. XXXVII. §. 24.

47) S. GROLMANS Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 83.

auch darauf an, welcher von beyden Theilen eine beſſere Sachkenntniß ſowohl, als auch an ſich eine ſtärkere Vermuthung der Glaubwürdigkeit für ſich hat. Es ergeben ſich hieraus folgende Wahrheiten.

1) Wenn im Falle eines unvollſtändigen Beweiſes der eine Theil ſich ſowohl wegen ſeines bisherigen unbeſcholtenen Lebenswandels und ſeiner bekannten Gewiſſenhaftigkeit, als auch inſonderheit bey der Verhandlung des Proceſſes durch vollſtändige und genaue Angabe des Zuſammenhangs der Sache eines vorzüglichern Zutrauens würdig gemacht hat, als der andere; ſo iſt jenem der Eid aufzulegen, er er ſey der Erfüllungs- oder der Reinigungseid [48]). Auf den Unterſchied der Religion hingegen, welcher der eine oder andere Theil zugethan iſt, kommt an ſich nichts an, und es kann daher hiernach allein der höhere oder mindere Grad der Glaubwürdigkeit nicht beurtheilt werden. Wenn demnach einige [49]) behaupten wollen, daß ein Jude wider einen Chriſten nicht zum Erfüllungseide zu laſſen ſey, ſondern dem Chriſten in einem ſolchen Falle der Reini-

48) SCHNEIDER vom rechtl. Beweiſe. §. 402. *Ant.* FABER Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. I. Def. 44.

49) STRYK de cautel. iuramentor. P. III. Sect. III. Cap. 6. nr. 44. BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. 25. Th. II. not. 4. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. I. Obſ. 193. PUFENDORF Obſervat. iuris univ. Tom. I. Obſ. 110. BOEHMER Iur. eccleſ. Proteſt. Tom. I. Lib. II. Tit. 22. §. 9. Struben rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 67. *de* CANNGIESSER Deciſion. Haſſo-Caſſell. Tom. I. Deciſ. 136. nr. 14. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 45. *Io. Sieg.* THIEL Princip. iurisprud. iudaicae §. 390.

gungseid zuerkannt werden müſſe; ſo iſt dies eine gegen alles Recht und Billigkeit ſtreitende Meinung, welche ſchon von mehreren [50]) gründlich widerlegt, und mit Recht verworffen worden iſt [51]).

2) Wenn bey gleichen Gründen der Wahrſcheinlichkeit, welche für oder wider den Beweisführer ſtreiten, der eine Theil de veritate, der andere aber nur de credulitate ſchwören kann, ſo iſt der erſte Eid dem letztern vorzuziehen [52]).

3) Wenn für eine von beyden Partheyen die mehrere Rechtsbegünſtigung ſpricht, ſo iſt auf denjenigen Eid zu erkennen, welcher dieſer Rechtsbegünſtigung am meiſten entſpricht [53]).

Beyde

50) *de* CRAMER Obſervat. iuris univ. Tom. II. P. I. Obſ. 507. *Io. Aug. Lud.* MENCKEN Diſſ. de iudaeo iurisiurandi ſuppletorii haud incapace. *Vitemb.* 1782. HEINECCIUS in Diſſ. de lubricitate iurisiur. ſuppletorii §. 26. HOMMEL Rhapſod. Quaeſtion. for. Vol. II. Obſ. 350. Heislers Abh. Ob die Zulaſſung eines Judeneides wider einen Chriſten bedenklich ſey? in deſſelben juriſt. Abhandl. Th. 3. Nr. 3. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4527. not. i.

51) Man beruft ſich gewöhnlich auf *L. 21. C. de haeret. Nov. 45. c. 1. Can. 26. C. II. Qu. 7.* Allein man ſehe dagegen BOEHMER ius eccleſ. Proteſt. Lib. II. Tit. 20. §. 3.

52) *I. H.* BOEHMER iur. eccleſ. Proteſt. Lib. II. Tit. 24. § 71. LEYSER Specim. CXLII. medit. 4. Strubens rechtliche Bedenken Th. 5. Bed. 130. und MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 110. pag. 480.

53) *L. 85. L. 125. D. de Reg. iur. L. 47. D. de obligat. et act.* Z. B. wenn die Sache ein Heyrathsgut betrifft. In ambiguis pro dote reſpondere melius eſt.

Beyde Eide ſind übrigens in allen bürgerlichen Rechtsſachen, ſelbſt unter den Proteſtanten, wenn ſie die Trennung einer Ehe bezwecken ſollten, zuläßig. In Anſehung der Eheſachen ſind zwar viele anderer Meinung. Einige [54]) läugnen hier gänzlich die rechtliche Zuläßigkeit des Erfüllungseides. Andere [55]) unterſcheiden, ob der Eid für oder wider die Ehe geſchworen werden ſoll; und laſſen nur in dem erſten Fall den Eid zu, wenn mehr als ein halber Beweis vorhanden iſt; auf keine Weiſe aber in dem letzten Falle. Allein **Leyſer** [56]) hat ſchon längſt dieſe Meinungen widerlegt. Es treten hier eben die Gründe ein, aus welchen auch die Eidesdelation in ſolchen Sachen für rechtlich zu halten iſt [57]). In wiefern in peinlichen Sachen auf dieſe Eide erkannt werden könne, iſt ſtreitig. Den Reinigungseid laſſen zwar alle zu, ob ſie wohl in Abſicht auf den eigentlichen Gebrauch deſſelben verſchiedener Mei-

54) *Ant.* FABER in Cod. Definit. for. Lib. IV. Tit. I. Def. 44. HEINECCIUS in Diſſ. de lubricit. iurisiur. ſuppletor. §. 27. LAUTERBACH Coll. Pand. h. t. §. 77.

55) BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. 25. Th. II. not. 3. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. IV. Obſ. 151. nr. 642. CARPZOV Iurispr. for. P. I. Conſt. 22. Def. 3. Danz Grundſätze des ordentl. Proceſſes §. 365. a. E.

56) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLI. medit. 4.

57) Selbſt das Canoniſche Recht läßt ja Beſchwörung des ehelichen Unvermögens zum Zweck der Ehetrennung zu. *Can.* 2. *Cauſ. XXXIII. Qu.* 1. *Cap.* 1. 5. *et* 7. *X. de frigid.* S. I. *H.* BOEHMERI ius eccleſ. Proteſt. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 75 — 80. und dieſen Theil des Commentars §. 799. nr. 5. S. 270. ff. Gleicher Meinung iſt THIBAUT Syſt. des P. R. 3. Th. §. 1165.

nung ſind [58]). Denn es läßt ſich freylich der Gebrauch deſſelben in peinlichen Sachen nur unter ſehr großen Einſchränkungen rechtfertigen [59]). Was hingegen den Erfüllungseid anbetrift, ſo iſt zwiſchen dem Anklags- und Unterſuchungsproceß zu unterſcheiden. Iſt von dem Anklagsproceß die Rede, ſo iſt es nach den Geſetzen [60]) ſowohl, als vermöge des Gerichtsgebrauchs eine unbeſtrittene Wahrheit, daß wider den Angeklagten kein Erfüllungseid Statt finden könne [61]). Ob aber nicht wenigſtens der Angeklagte bey vorhandenen ſtarken Vermuthungen, die entweder für ſeine gänzliche Schuldloſigkeit, oder wenigſtens für den Mangel des Vorſatzes ſtreiten, zum Erfüllungseide gelaſſen werden könne, iſt ſtreitig. Quiſtorp [62]) hat dieſes aus mehreren Gründen zu erweiſen geſucht. Allein mit Recht hat ſchon Malblanc [63]) dagegen erinnert, daß der Eid in dieſem Fall kein anderer als der Reinigungseid ſey. Im Unterſuchungsproceß pflegt zwar ein Angeſchuldigter, ſofern kein Meineid zu beſorgen iſt, zur eidlichen Erhärtung ſeiner Unſchuld zugelaſſen zu werden. Es iſt aber auch dieſer Eid mehr für einen Reinigungs- als für einen Erfüllungseid zu achten [64]).

§. 812.

58) S. *I. H.* BOEHMERI Diſſ. de uſu iuram. purgatorii in cauſis criminal. (in *Exercitat. ad Pand.* Tom. III. Exercit. 48.)

59) S. GROLMANS Grundſätze der Criminalrechtswiſſenſchaft. §. 505.

60) *L. 25. C. de probat.*

61) BOEHMERI ius eccleſ. Proteſt. Lib. II. Tit. 24. §. 74.

62) Beyträge zur Erläuterung verſchied. Rechtsmaterien Nr. 29.

63) Doctr. de iureiur. §. 75. not. 384.

64) S. Weſtphals Criminalrecht Anmerk. 146. §. 13.

§. 812.

Der Erfüllungs- und Reinigungseid ſind nothwendige Eide. Wirkung derſelben.

Beyde Eide, von denen bisher gehandelt worden, ſind **nothwendige Eide**, und zwar 1) auf Seiten des Richters, weil Niemand für verbunden erklärt werden kann, gegen welchen nicht vollkommen bewieſen iſt. Sobald nun der Richter, in Ermangelung anderer und befriedigenderer Ergründungsmittel des Wahren, Ueberzeugungsgründe erhalten hat, daß er der Gewiſſenhaftigkeit einer von beiden Parthey en trauen könne, ſo bleibt ihm zur Entſcheidung der Sache kein anderes Mittel übrig, als der Eid [65]). Der Richter muß daher unaufgefordert auf den Eid erkennen, und darf ihn auch den Partheyen nicht erlaſſen, weil er zur Vollendung ſeiner eignen rechtlichen Ueberzeugung dient [66]). 2) Auf Seiten der Parthey, welcher ein ſolcher Eid auferlegt wird, iſt er darum nothwendig, weil deſſen Ableiſtung von derſelben nicht verweigert werden darf. Es findet daher hier keine Zurückſchiebung Statt [67]). Ob aber dieſe Eide auch nicht durch Gewiſſens-

65) Von der rechtlichen Nothwendigkeit dieſer Eide handelt ſehr gründlich Werner in der oben Not. 8. angeführten Schrift. S. Archiv des Criminalrechts 6. B. S. 66. ff.

66) *L. 3. Cod. de reb. credit.* *Arn.* VINNIUS ſelect. iuris Quaeſtion. Lib. I. cap. 43. und ALEF cit. Diſſ. de uſu iuram. neceſſarii. Cap. III. §. 29 — 33.

67) MALBLANC de iureiur. §. 75. VINNIUS c. l. Durch die *L. 12. §. 1. C. de reb. credit.* ſind zwar manche verleitet worden, zu behaupten, daß auch bey einem zuerkannten nothwendigen Eide der Parthey, welcher ein ſolcher Eid auferlegt worden,

wiſſensvertretung vermieden werden können, iſt unter den Rechtsgelehrten ſtreitig [68]). Einige [69]) läugnen dieſes ſchlechthin. Viele [70]) hingegen wollen die Gewiſſensvertretung zwar bey dem zuerkannten Reinigungseide zulaſſen, läugnen aber, daß ſie bey dem Erfüllungseide Statt finde, es müßte denn etwa neuer Beweis beygebracht werden können.

den, freyſtehe, die Ableiſtung deſſelben von ihrem Gegner zu verlangen S. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XIX. Err. 7. und ENGEL Diſſ. de relatione iuramenti a iudice iniuncti. *Lipſiae 1735.* Allein wenn gleich in der angeführten Stelle von beyden Eiden, ſowohl dem nothwendigen, als dem freywillig angetragenen, die Rede iſt, ſo iſt doch dasjenige, was das Geſetz von der Relation verordnet, nach einer richtigern Erklärung blos vom iuramento delato zu verſtehen. Auf dieſen paßt auch nur der Grund, welcher in dem Geſetz angeführt wird. *Quis enim ferendus eſt ad appellationis veniens auxilium in his, quae ipſe facienda procuravit?* Noch deutlicher aber erhellet dies aus den Baſiliken, in welchen T. III. Lib. XXII. Tit. 5. pag. 134. die Worte ſo lauten: αὐτὸς γὰρ ὥσπερ ἑαυτῷ δικάσας, καὶ τὸν ὅρκον ἐπενεγκὼν, εἶτα παραιτησάμενος, τὸν ἐκ τῆς ἀντεπιφορᾶς ὅρκον παρέχειν, οὐκ ἐςι φορητὸς ἐπὶ τὴν τῆς ἐκκλήτου κατατρέχειν βοήθειαν. i. e. *ipſe enim quaſi ſui ipſius iudex, et iusiurandum deferens, ac deinde ſacramentum relationis ſubire recuſans, ferendus non eſt ad appellationis confugiens auxilium.* Man ſehe noch VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 30.

68) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 46.

69) MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 480.

70) Danz Grundſätze des ordentlichen Proceſſes §. 363. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4519. et not. h. pag. 964. MALBLANC c. l. §. 75.

nen. Andere [71]) laſſen auch nicht einmal in Anſehung des letztern wegen neu aufgefundener Beweismittel die Gewiſſensvertretung zu, wenn die Beweisfriſt einmal verſtrichen iſt. Noch andere [72]) nehmen zum Grundſatz an, daß beyde Eide nur dann, wenn die Beweisfriſt nicht verſtrichen iſt, durch die Gewiſſensvertretung vermieden werden könnten. Allein da dies faſt nur bey dem Reinigungseide der Fall ſeyn kann; ſo iſt hierdurch bey dem Erfüllungseide, die Gewiſſensvertretung ſo gut, wie abgeſprochen. Daher laſſen andere [73]) ohne Unterſchied, ob der Beweistermin bereits verſtrichen iſt, oder nicht, die Gewiſſensvertretung zur Abwendung des erkannten nothwendigen Eides um ſo mehr zu, weil ja ſelbſt nach ſchon abgeſchwornen Erfüllungs- oder Reinigungseide noch das Gegentheil erwieſen werden kann [74]). Da beyde Eide blos ſubſidiariſche Beweismittel ſind, welche nur dann Statt finden, wenn eine vollſtändige Beweisführung nicht möglich iſt, ſo iſt wohl diejenige Meinung für die richtigſte zu halten, nach welcher die Ableiſtung derſelben noch immer durch die Gewiſſensvertretung mit Beweis vermieden werden kann, wenn noch andere Beweismittel übrig ſind, welche nicht für übergangen geachtet werden können, weil ſie entweder neu aufge-

71) CARPZOV P. I. Conſt. XIV. Def. 21. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iud. Lib. I. Sect. I. Membr. IV. Cap. 2. §. 9.

72) THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1165.

73) MEVIUS P. IV. Deciſ. 296. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 26. Mehlen Anleitung zum gerichtl. Proceß 1. Th. §. 324. a. E. und Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 9. Band Medit. 466.

74) *L. 31. D. h. t.*

funden worden, oder weil ihr Gebrauch an keine beſtimmte Friſt gebunden iſt, oder endlich weil die beſtimmte Friſt noch nicht verſtrichen iſt [75]).

Die Wirkung dieſer Eide beſteht darin, daß

1) für diejenige Parthey geſprochen werden muß, welche den Eid geſchworen hat [76]). Iſt daher der Eid von dem Kläger geſchworen worden, ſo hat er die Verurtheilung des Beklagten zur Folge. Denn war es der Erfüllungseid, ſo iſt nun der ihm aufliegende Beweis für vollkommen geführt zu achten. Hat er hingegen den Reinigungseid geſchworen, ſo iſt dadurch der Beweis des Beklagten aufgehoben. Iſt hingegen der eine oder der andere Eid von dem Beklagten geſchworen worden, ſo iſt Abſolution deſſelben die rechtliche Folge dieſer Eidesleiſtung. Wird aber

2) die Ableiſtung des zuerkannten Eides verweigert, ſo hat der Producent ſo gut, als nichts bewieſen, wenn ihm der Ergänzungseid zuerkannt war. Der Product hingegen,

75) S. GROLMAN Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 93. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 46. not. 3.

76) *L. 31. D. h. t.* Viele wollen den aufgelegten Eid auch dann für abgeleiſtet halten, wenn die Parthey, welcher er aufgelegt worden, vor der Ableiſtung geſtorben iſt, STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 42. MEVIUS P. IV. Deciſ. 262. et P. V. Dec. 46. MALBLANC de iureiur. §. 56. pag. 203. Allein dieſe Meinung läßt ſich auf keine Weiſe rechtfertigen. S. PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. I. Obſ. 56. HILLIGER ad *Donellum* Lib. XXIV. Cap. 11. lit. y. der Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 4. Band. Medit. 246. und BIENER Syſt. proceſſ. iudiciar. Tom. I. §. 170. Obſ. pag. 334.

gen, welcher den ihm zuerkannten Reinigungseid abzuſchwören beharrlich verweigerte, muß nun den Beweis ſeines Gegners als vollkommen wider ſich geführt anerkennen [77]). Es findet jedoch

3) wider das auf einen ſolchen Eid erkennende oder folgende richterliche Urtheil nicht nur die Appellation Statt [78]), ſondern es kann auch daſſelbe, wenn es ſchon in die Rechtskraft übergegangen ſeyn ſollte, wegen neu aufgefundener Beweiſe angefochten, und der abgeſchworne Eid wieder aufgehoben werden [79]). Ob aber der Beweis gegen den geſchwornen Eid nur durch neu aufgefundene Urkunden, oder auch durch Zeugen geführt werden könne, iſt ſtreitig. Viele [80]) wollen das Letztere aus dem Grunde bezweifeln, weil Cajus *L.* 31. *D. h. t.* ausdrücklich ſagt: Si quis *nova inſtrumenta* ſe inveniſſe dicat, *quibus nunc ſolis uſurus ſit.* Sie glauben, dem Beweiſe durch Zeugen ſtehe metus ſubornationis entgegen, und berufen ſich auf Novelle 90. Kap. 4. Darum gedenke das Geſetz der Zeugen nicht. Allein dagegen haben andere [81]) mit Recht erin-

77) SCHNEIDERS Lehre vom rechtl. Beweiſe §. 405 u. 406. und *Ge. Steph.* WIESAND Diſſ. de vi et effectu iurisiurandi purgatorii. *Vitemb.* 1796.

78) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 30.

79) *L.* 31. *D. h. t.*

80) SETSER de iurament. Lib. IV. Cap. 17. nr. 9. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. IV. Obſ. 151. nr. 650. beſonders *Mich. God.* WERNHER lectiſſim. Commentat. in Pand. h. t. §. 30.

81) STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 40. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Diſput. XXIV. Th. 36. LEYSER Meditat. ad Pand.

erinnert, daß der Ausdruck *inſtrumenta*, welchen **Cajus** braucht, auch Zeugen unter ſich begreiſe[82]). **Paulus** ſagt *L. 1. D. de fide inſtrum. Inſtrumentorum* nomine ea omnia accipienda ſunt, quibus cauſa inſtrui poteſt: *et ideo tam teſtimonia, quam perſonae inſtrumentorum loco habentur.* Sodann legen ja die Geſetze[83]) dem Beweiſe durch Zeugen mit dem Beweiſe durch Documente gleiche Wirkung bey. Dieſem iſt auch die Novelle 90. nicht entgegen, welche nur davon redet, daß nach Publication der Zeugen-Auſſagen keine neuen Zeugen weiter producirt werden ſollen. Ob aber zwey Zeugen hinreichend ſind, um den durch den Eid bewirkten Beweis zu entkräften, iſt eine andere Frage. **Malblanc**[84]) läugnet dies aus dem allerdings erheblichen Grunde, weil zwey Zeugen dem bereits vorhandenen Beweiſe das Gleichgewicht halten würden. Er erfordert daher drey unverwerfliche Zeugen, oder es müſſen, auſſer den zwey neuen Zeugen, noch andere Gründe vorhanden ſeyn, welche dem neuen Beweiſe das Uebergewicht geben. Ueberhaupt können freylich, wie **Grolman**[85]) ſehr richtig be-

Pand. Vol. III. Specim. CLXV. medit. 2. und Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien IX. Band Medit. 465.

82) In den Baſiliken Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. pag. 127. wird der Ausdruck δικαιώματα gebraucht, worunter alle rechtliche Beweisgründe verſtanden werden.

83) *L. 15. Cod. de fide inſtrumentor.* Man vergleiche auch *Ern. Gottfr. Chriſt.* KLÜGEL Diſſ. de teſtibus noviter repertis. *Vitemb. 1775.*

84) Doctr. de iureiur. §. 65. pag. 244.

85) Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 95. S. 176.

bemerkt, nur ſolche Beweismittel, welche entweder moraliſche Gewißheit wirken, oder doch Gegenbeweis und Beweis des entgegengeſetzten in ſich vereinigen, die Kraft haben, daß durch ſie nicht nur die aus dem abgeleiſteten Eide gezogene Folgerung vernichtet, ſondern auch die Folgerung auf das Gegentheil rechtlich begründet werde.

4) In Abſicht auf den Koſtenpunct iſt zu unterſcheiden.

a) Iſt von dem Producten der Reinigungseid geſchworen worden, ſo findet der Regel nach eine Compenſation der Proceßkoſten Statt. Denn der Reinigungseid ſetzt doch wenigſtens einen nicht unbedeutenden Verdacht wider den Producten voraus. Es kann folglich den Producenten der Vorwurf eines muthwilligen Streitens, oder Mißbrauchs der richterlichen Hülfe nicht treffen, wenn er doch ſoviel durch ſeinen Beweis bewirkt hat, daß ſich der Gegner eidlich reinigen mußte; vielmehr gereicht es ihm immer zur Entſchuldigung, daß er ohne richterliche Hülfe den Ungrund ſeines nicht unwahrſcheinlichen Verdachts nicht entdecken konnte [86]). Ausnahmen finden jedoch Statt, 1) wenn der Product durch ſeine eigene Schuld gegründeten Anlaß zu dem Verdacht gegen ſich erregt hat, von welchem er ſich reinigen mußte. 2) Wenn der Producent durch ſcheinbare Gründe einen Verdacht wider ſeinen Gegner ſo wahrſcheinlich zu machen wußte, daß ſich der Richter den Reini-

86) Anderer Meinung iſt zwar Herr Prof. Weber über die Proceßkoſten §. 12. S. 129. ff. man vergleiche aber dagegen Emmrich über die Proceßkoſten 1. Th. §. 40. Man ſehe auch *Ferd. Chriſtph.* HARPPRECHT Diſſ. de expenſis victoriae, praeſtito iureiurando, adiudicandis vel compenſandis. §. 30. (in EIUS *Diſſertat. academic.* Vol. II. pag. 806.)

Reinigungseid zu erkennen bewogen fand; nach Ableiſtung deſſelben aber ſich findet, daß die ganze Klage bloß aus Schikane angeſtellet worden [87]).

b) Iſt der Erfüllungseid geſchworen worden, ſo iſt zu unterſcheiden.

1) Der obſiegende Theil hat durch den Eid eine ſolche Thatſache in Gewißheit geſetzt, welche in Anſehung ſeines Gegners eine fremde Handlung war. Hier werden die Proceßkoſten billig compenſirt. Denn der verlierende Theil war befugt, einen vollſtändigen Beweis zu erwarten, und brauchte ſich dem Geſuche ſeines Gegners nicht eher zu fügen, als bis er von deſſen Rechtmäßigkeit überzeugt wurde. Kann ihm daher mit Grund nicht vorgeworfen werden, daß er wiſſentlich die Wahrheit geläugnet, oder zu verdunkeln geſucht habe, ſo kann er wegen der Vermuthung einer nicht ungerechten Proceßführung, die er bey zweifelhaften Thatſachen, welche der Erfüllungseid ſeiner Natur nach vorausſetzt, für ſich hat, mit Recht auf die Compenſation der Proceßkoſten Anſpruch machen [88]).

2) Die Sache, die durch den Erfüllungseid auſſer Zweifel geſetzt worden iſt, betrifft eine eigne Handlung des ſachfälligen Theils. Z. B. Er läugnete eine ihm geſchehene Zahlung, oder einen Contract, den er mit dem Kläger ſelbſt geſchloſſen hat. Hier iſt er billig in die Koſten zu ver-

87) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXXXVIII. medit. 6. und Emmrich a. a. O. §. 41.

88) S. Emmrich §. 39. S. 208.

verurtheilen, da er eine Sache beſtritten hat, in deren Hinſicht er ſich mit keiner Unwiſſenheit entſchuldigen kann [89]).

c) Hat derjenige, welchem ein nothwendiger Eid zu leiſten aufgelegt war, ſich geweigert, denſelben abzuſchwören, ſo iſt die Verurtheilung in die ſämmtlichen Proceßkoſten eine ganz natürliche Folge [90]).

89) Weber über die Proceßkoſten §. 12. S. 133. Not. 18.

90) Emmrich §. 41. a. E. und MALBLANC de iureiur. §. 110. pag. 482.

Lib. XII. Tit. III.

De in litem iurando.

§. 813.

Begriff und Natur des Würderungseides.

Zu den entſcheidenden Haupteiden, welche der Richter in bürgerlichen Rechtsſachen auferlegt, gehört auch der **Würderungs-** oder **Schätzungseid**, (*iuramentum in litem*) [91]). Er unterſcheidet ſich aber von den übrigen

91) Hiervon handeln vorzüglich *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diſp. de iureiurando in litem. (In *Collect. Diſputat.* EIUS Vol. II. nr. 144.) *Io. Phil.* SLEVOGT Diſput. de vera iurisiurandi in litem indole et natura. *Ienae 1707.* *Io. Laur.* DORN Diſſ. de iureiurando in litem pretii affectionis figmento liberato. *Altorfii 1730.* *Io. Ulr.* CRAMER Diſſ. de iuramento in litem affectionis et veritatis. *Marburgi 1736.* EIUSDEM Diſſ. de iuramento in litem ſingularis intereſſe. *Ibid. 1741.* *Luc. vom* KAMPE Diſſ. de iuramento in litem. *Traj. ad Rhen. 1741.* *Ad. Ignat.* TURIN Progr. de iuramento in litem. *Erfordiae* 1775. adj. Diſſ. inaug. *Chriſtoph.* GROENINGER de aeſtimatione quanti plurimi. *Ib. eod.* *Frid. Lud.* MEIER. Diſſ. de iuramento in litem affectionis et veritatis. *Goetting. 1805.* *F. K. L.* DRUMMER Theorie des Würderungseides. *Bamberg* u. *Würzbueg 1806. 8.* *Franz. Lud.* WIRSCHINGER Verſuch einer neuen Theorie über das iuramentum in Litem oder den Würderungseid. *Landshut 1806. 8.* und **Joh. Bernh. Müller** Verſuch über den Schätzungseid. **Jena** u. **Leipzig** 1806. 8.

gen nothwendigen Eiden darin, daß er als eine Rechtswohlthat für den Kläger anzuſehen iſt, vermöge welcher derſelbe in Anſehung eines ihm von dem Beklagten zugefügten Schadens den Beweis von dem Quantum des Erſatzes auf ſein Verlangen durch ſeinen eignen Eid in einem ſolchen Falle führen kann, da dem Beklagten deshalb ein unerlaubter Vorſatz, oder ein grobes Verſehen zur Laſt fällt [92]). Ueber die Natur dieſes Eides ſind die Rechtsgelehrten ſehr verſchiedener Meinung. Viele [93]) wollen ihn für nichts weiter, als eine Art des Erfüllungseides halten. Allein mit Recht widerſprechen dieſer Meinung andere [94]). Denn der Würderungseid vertritt ja die Stelle alles weitern Beweiſes, der Erfüllungseid aber ſetzt einen ſchon vorhandenen, wenn gleich mangelhaften, Beweis voraus, der durch den Eid ergänzt werden ſoll. Die meiſten Rechtsgelehrten ſtimmen nun zwar darin überein, daß der Würderungseid ſo gut, wie ein jeder anderer Haupteid, für ein Beweismittel

92) Das Wort *lis* hat hier eine ſolche Bedeutung, daß es nicht nur in dem gewöhnlichen Sinn den Gegenſtand des Rechtsſtreits, ſondern auch das *id, quod intereſt*, umfaßt. Cujaz ſagt in ſeinen Recitation. ſolemnib. in Cod. ad Tit. de in litem iur. *Litem* dicimus rem in iudicium deductam, vel id, quod intereſt. *Iusiurandum in litem* igitur eſt iusiurandum, quo aeſtimatur lis, id eſt, id quod intereſt, ſive res, de qua agitur, quod idem eſt.

93) von Tevenar Theorie der Beweiſe im Civilprozeß 2 Abſchn. 3. Kap. S. 128. nach der neuen Auflage von Jury. Magdeburg 1805. MALBLANC de iureiur. §. 73. pag. 280. ſqq. GROLMAN Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 94. SCHNEIDER Lehre vom rechtlichen Beweiſe §. 408. ff.

94) THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1166.

mittel zu halten ſey. Allein ihre Anſichten ſind dennoch ganz von einander abweichend, wenn es auf die Frage ankommt, worin das Eigenthümliche dieſes Eides beſtehe? Viele [95]), denen auch **Hellfeld** beyſtimmt, glauben daſſelbe blos in dem Gegenſtande, der dadurch beſchworen wird, das iſt, in dem Affectionswerthe, anzutreffen. Schon Anton Faber [96]) ſagt: fieri non poſſe, ut unquam iuretur in litem, *quin iurantis adfectioni indulgeatur.* Nach dieſer Vorſtellung ſoll alſo der Schätzungseid im eigentlichen Sinn des röm. Rechts derjenige Eid ſeyn, wodurch der Kläger den ihm durch des Beklagten Argliſt oder grobe Fahrläßigkeit zugefügten Schaden nach dem eigenthümlichen Werthe beſchwört, den er der Sache aus einer beſondern Vorliebe beylegt. Andere [97]) hingegen läugnen ſchlechterdings, daß der Kläger die Befugniß habe, durch dieſen Eid den Werth der beſondern Vorliebe zu beſchwören, ſie halten ihn vielmehr für ein auſſerordentliches Mittel, vermöge welchen der Kläger durch einſeitige Taxation des Schadens das Quantum des Streits, nach ſeinem beſondern

95) *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Diſput. XXIV. Th. 44. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 1. et 2. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. IV. Cap. II. §. 20. TURIN cit. Progr. de iuram. in litem. und Müller in dem angef. Verſuch über den Schätzungseid §. 1.

96) Conjecturar. iuris civ. Lib. XVI. cap. 1. et 13. und De erroribus Pragmaticor. Decad. XVII. Err. 8.

97) *Guil.* MASIUS in Tract. de rei debitae aeſtimatione. *Lovanii 1653. 4.* P. II. Cap. 6. pag. 53. ſqq. DORN Diſſ. cit. de iureiurando in litem pretii affectionis figmento liberato. §. 37. ſqq. und WIRSCHINGER in dem angef. Verſuch einer neuen Theorie über das iuram. in litem. §. 53. ff.

ſondern Intereſſe, in einem ſolchen Falle beweiſen kann, wo die Unmöglichkeit, das Schadensquantum auf die gewöhnliche Art auszumitteln, durch den Dolus oder eine culpa lata des Gegners herbeygeführt worden iſt. Faſt eben ſo iſt Webers 98) Anſicht, nur daß dieſer richtiger dafür hält, daß durch dieſen Eid der Affectionspreiß keinesweges ausgeſchloſſen werde. Allerdings könne der Kläger nun auch bey dieſem Eide auf alles Rückſicht nehmen, was ihm durch den Beklagten entgeht, mithin auch auf den Werth der beſondern Vorliebe, den gewiſſe Sachen nach unverwerflichen Gründen für ihn hatten, kurz auf ſein perſönliches Intereſſe in ſeinem ganzen Umfange. Ganz von dieſen Vorſtellungsarten abweichend, und völlig neu iſt dagegen diejenige Anſicht, nach welcher der Würderungseid als ein iuramentum calumniae dargeſtellt wird Die ſubjective Ueberzeugung des Klägers von der Größe des Werthes der herauszugebenden Sache, ſagt der ſcharfſinnige Urheber dieſer neuen Idee 99), ſey das nächſte Object unſers Eides. Dieſer Eid wäre demnach gar nicht auf den wahren und wirklichen Werth der Sache, als ſein primitives und unmittelbares Object, gerichtet. Dies könnte nur dann der Fall ſeyn, wenn ein vom Richter zu entſcheidender Streit über die Größe des Preiſes obwaltete. Wenn nun jener Eid, deſſen primitives und unmittelbares Object Ueberzeugung des Schwörenden iſt, als Glaubenseid ausgeſprochen werden muß, ſo charakteriſire ſich der Eid der Würderung in Rückſicht ſeines Objects als eine

98) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß Abſchn. IV. S. 344. ff.

99) DRUMMER Theorie des Würderungseides §. 23. ff.

Art des Glaubenseides. Hieraus folge von ſelbſt, daß der Zweck dieſes Eides nie Beweiſen ſeyn könne. Denn da, wo der Richter einen Glaubenseid fordert, ſey es ihm einzig darum zu thun, ſich der bonae fidei einer Parthey in einer gerichtlichen Handlung zu verſichern, und zwar vorzüglich alsdann, wenn er ihr die Ausübung eines Rechts zugeſtehen muß, in welcher die Gegenparthey gefährdet erſcheint. Man erinnere ſich nur der Eide, welche Juſtinian für das Beginnen eines Proceſſes *L. 2. Cod. de iureiur. propt. calumniam dando* ſelbſt ſanctionirt hat. Nun ſey aber die Ausübung des Würderungsrechts eine Handlung des Klägers, in welcher der Beklagte mehr, als irgend in einer andern, darin gefährdet iſt, daß ſein Gegner dieſes Recht entweder blind, oder willkührlich, oder ſogar mit Schikane auszuüben vermöge. Wenn nun jener Eid, deſſen Grund oder Zweck Sicherung der Gegenparthey gegen die Gefährde einer möglichen Schikane iſt, Calumnieneid genennet wird; ſo charakteriſire ſich der Eid der Würderung in Rückſicht ſeines Zwecks als eine Art der Calumnieneide. Das Eigene des Würderungseides gehe alſo aus folgendem Begriff hervor. *Würderungseid* iſt eine geſetzliche Anordnung zur Eliſion des doloſen Ungehorſams von Seite des Beklagten in der Herausgabe eines ſtreitigen Objects, vermöge welcher der Kläger dadurch Schadenserſatz erhält, daſs ihm unter der Bedingung der Ablegung eines eigenen Calumnieneides das Recht geſtattet wird, ſeinen Verluſt ſelbſt zu würdern. Allein ſo gut auch dieſe Idee motivirt iſt, ſo ſtehen ihr doch erhebliche Zweifel entgegen. Offenbar iſt nicht Ueberzeugung des Klägers von der Gröſſe des angegebenen Werths des ſtreitigen Gegenſtandes

Object

Object des Eides; nein! indem der Kläger den Würderungseid ſchwört, verſchaft er dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit des behaupteten Werths, den die zu ſchätzende Sache für ihn hat. Folglich iſt dieſer Eid vielmehr das den richterlichen Ausſpruch beſtimmende Beweismittel. Dies ergiebt ſich auch daraus, weil die Geſetze[100]) ſogar noch nach abgeſchwornen Würderungseide einen Gegenbeweis zulaſſen. Sodann iſt ja der Calumnieneid ein bloßer Nebeneid, der Würderungseid aber gehört zu den entſcheidenden Haupteiden, wie aus der Ordnung des Titels, in welchem davon in den Pandecten gehandelt wird, und aus der Verbindung mit *L. 1. D. iureiur.* erhellet. Eine weſentliche Verſchiedenheit beyder Eide aber beſteht inſonderheit darin, daß des erſtern Leiſtung zu den Verbindlichkeiten, die des letztern hingegen zu den Rechten einer Parthey gehört. Um jedoch die Natur des Würderungseides näher kennen zu lernen, iſt folgendes zu bemerken.

1) Der Schätzungseid iſt ein Eid, auf welchen der Richter erkennen muß, wenn er Statt finden ſoll. Zwar hat dieſer Eid das Eigene, daß ſich der Kläger dazu erbieten, und hierdurch eine ihm obliegende Beweisführung bewerkſtelligen kann. Allein ohne vorhergegangenes Erkenntniß des Richters darf die Ableiſtung deſſelben nie geſchehen. Der Richter kann auch das Quantum moderiren, und ein gewiſſes Maximum beſtimmen, bis auf welches geſchworen werden ſoll. Denn es kommt zugleich auf das richterliche Ermeſſen an, ob und in wie fern dieſer Eid geſchworen werden ſoll, oder nicht. Der Richter kann daher

100) *L. 4. §. 3. L. 5. §. 1. et 2. D. h. t.* S. die Sammlung merkwürdiger am kaiſ. Reichs-Kammergerichte entſchiedener Rechtsfälle. 1. Th. (Lemgo 1789. 8.) 2. Rechtsfall §. 6. ff. S. 95. ff.

auch das Anerbieten des Klägers aus hinreichenden Gründen abſchlagen; ſo wie denn auch durch Gegenbeweiß die Ableiſtung deſſelben nicht nur hintertrieben, ſondern ſogar wieder aufgehoben werden kann. Folgende Geſetzſtellen laſſen hierüber keinen Zweifel übrig.

L. 4 §. 1. *D. h. t.* Deferre autem iusiurandum iudicem oportet: caeterum ſi alius detulerit iusiurandum, vel non delato iuratum ſit, nulla erit religio: nec ullum iusiurandum. Et ita conſtitutionibus expreſſum eſt Imperatoris noſtri et *D*ivi patris eius.

L. 4. §. 2. *D. eod.* Iurare autem in infinitum licet. Sed an iudex modum iuriiurando ſtatuere poſſit, ut intra certam quantitatem iuretur, ne arrepta occaſione in immenſum iuretur, quaero? Et quidem in arbitrio eſſe iudicis, deferre iusiurandum, nec ne, conſtat.

L 4. §. 3. *D. eodem.* Item videndum, an poſſit iudex, qui detulit iusiurandum, non ſequi id: ſed vel prorſus abſolvere, vel etiam minoris condemnare, quam iuratum eſt? Et magis eſt, ut ex magna cauſa, et poſtea repertis probationibus poſſit.

L. 5. §. 1. *et* 2. *D. eodem.* Sed iudex poteſt praefinire certam ſummam, usque ad quam iuretur: licuit enim et a primo nec deferre. Item et ſi iuratum fuerit, licet iudici vel abſolvere, vel minoris condemnare.

Dieſe Stellen werden in der Folge noch ihre Erläuterung erhalten.

2) Der Würderungseid ſetzt immer auf Seiten des Klägers eine erlittene Verletzung voraus, welche durch einen

nen dolus oder culpa lata des Beklagten verurſacht worden iſt. Er findet daher Statt,

a) wenn der Beklagte die ihm vom Richter auferlegte Reſtitution oder Herausgabe des ſtreitigen Objects ſo hartnäckig verweigert, daß dieſe auch nicht durch Execution erzwungen werden kann. Die Geſetze verbinden damit den Fall einer aus Ungehorſam verweigerten Exhibition. Denn beyde löſen ſich wegen der Identität ihrer Folgen in einen Begriff auf. Der Unterſchied liegt blos darin, daß Reſtitution unmittelbare Herausgabe iſt, die Exhibition hingegen blos mittelbar zur Rechtserlangung führt; ja zuweilen iſt Exhibition im rechtlichen Sinn nichts anders, als Reſtitution der Sache ſelbſt [1]). Dieſer erſte Fall macht ohne Zweifel die hauptſächlichſte Vorausſetzung des Würderungseides aus, aber bey weitem nicht die einzige, wie **Drummer** [2]), und ſchon vor ihm Cujaz [3]) und Stryk [4]) haben behaupten wollen. Es wird ſich dies aus den folgenden Fällen näher ergeben, die ſich gar nicht auf Ungehorſam beziehen, oder wenigſtens ſehr gezwungen, als Aeuſſerung des Ungehorſams, dargeſtellt werden. Für den erſten Fall verdienen hier folgende Geſetzſtellen einen Platz.

L. 1. D. h. t. Rem in iudicio deductam non idcirco pluris eſſe opinamur, quia creſcere condemnatio poteſt *ex contumacia non reſtituentis per iusiurandum in litem:* non enim res pluris fit per hoc, ſed *ex contumacia* aeſtimatur ultra rei pretium.

 L. 2.

1) S. den 11. Th. dieſes Commentars §. 741.

2) Theorie des Würderungseides §. 10.

3) Recitation. ſolemn. in Cod. h. t.

4) Uſ. mod. Pand. h. t. §. 1.

L. 2. §. 1. D. eodem. Interdum quod interſit agentis, ſolum aeſtimatur, veluti cum culpa non reſtituentis, vel non exhibentis punitur: *cum vero dolus aut contumacia*[5] *non reſtituentis vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor.*

L. 8 D. eodem. Tutor rem adulti, quam poſſidet, reſtituere ei non vult: Quaero, utrum, quanti res eſt, an quanti in litem iuratum fuerit, condemnari debet? Reſpondi, non eſt aequum, pretio (id eſt, quanti res eſt,) litem aeſtimari: *cum et contumacia punienda ſit;* et arbitrio potius domini rei pretium ſtatuendum ſit, poteſtate petitori in litem iurandi conceſſa.

L. 10. D. eodem. In inſtrumentis, *quae quis non exhibet*, actori permittitur *in litem iurare*, quanti ſua intereſt, ea proferri: ut tanti condemnetur reus.

L. 1. Cod. eod. Adverſus heredes tutoris ad transferendam tutelam iudicem accipiens tempore litis inſtrumenta ad puberem pertinentia reſtitui deſiderabis. *Quodſi dolo non exhibeantur, in litem iurandi tibi facultas erit.*

L. 4. C. eod. Tutor inventarium caeteraque inſtrumenta ſi non proferat, in litem iusiurandum adverſus ſe poteſt admittere.

L. 18.

5) Dieſe Stelle ſcheint zwar den *dolus* von der *contumaeia* zu unterſcheiden. Allein daß dolus vom Ungehorſam nicht wohl zu trennen ſey, lehrt *L. 199. D. de div. reg. iuris.* Non poteſt dolo carere, ſagt daſelbſt Javolen, qui imperio magiſtratus non paruit. Jn den Baſiliken Tom. III. Lib. XXII. Tit. 6. pag. 204. geſchieht blos des dolus Erwähnung, worunter alſo auch die contumacia begriffen wird. Es heißt daſelbſt: εἰ δὲ κατὰ δόλον, εἰς ὅσον ὀμόσει ὁ ἐνάγων.

L. 18. *pr. D. de dolo malo.* Ideo autem et hic, et in metus cauſa actione certa quantitas non adiicitur, *ut poſſit per contumaciam ſuam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iuraverit*: ſed officio iudicis debet in utraque actione, taxatione iurisiurandum refrenari.

L. 3. §. 2. *D. ad exhibendum.* Praeterea in hac actione notandum eſt, quod *reus contumax* per in litem iusiurandum petitoris damnari poſſit ei, iudice quantitatem taxante.

b) Wenn ſich der Beſitzer die Reſtitution oder Exhibition der Sache in Natur durch Argliſt oder grobe Fahrläßigkeit ſelbſt unmöglich gemacht hat. Ein ſolches doloſes deſinere poſſidere kann zwar auch einen Ungehorſam desjenigen zum Grunde haben, welchem die Herausgabe der Sache bereits vom Richter auferlegt war, wie aus *L.* 68. *D. de Rei vindicatione* erhellet, wo Ulpian ſagt: Qui *reſtituere iuſſus*, *iudici non paret*, contendens non poſſe reſtituere, ſi quidem habeat rem, *manu militari*, officio iudicis, ab eo poſſeſſio transfertur. *Si* vero non poteſt reſtituere: *ſi quidem dolo fecit*, *quominus poſſit*, is, *quantum adverſarius in litem ſine ulla taxatione in infinitum iuraverit*, damnandus eſt. Allein die Unmöglichkeit der Reſtitution der Sache in Natur konnte ſich auch ſchon vor entſtandenem Proceß ergeben haben. Hier würde es doch gewiß gegen allen Begriff eines Ungehorſams [6]) ſtreiten, wenn man das deſinere poſſidere auch für eine Aeuſſerung des Ungehorſams erklären wollte. Von dieſem Falle reden folgende Stellen.

 L. 25.

6) S. den 3. Th. dieſes Commentars §. 252. und vergleiche damit des 8. Theils 1. Abth. §. 586. S. 207. f.

L. 25. §. 10. D. de heredit. petit. Tam adverſus eum, *qui dolo fecit*, *quominus poſſideat*, quam adverſus poſſidentem, in litem iuratur.

L. 27. §. 3. D. de rei vindicat. Sed et is, *qui ante litem conteſtatam dolo deſiit rem poſſidere*, tenetur in rem actione: idque ex *Senatusconsulto* colligi poteſt, quo cautum eſt, *ut dolus praeteritus in hereditatis petitionem veniat.*

L. 5. §. 2. D. ad exhib. Idem *Iulianus* ſcribit, emtorem, qui ruta caeſa non reſtituit, *ad exhibendum* teneri, *in quantum in litem iuravero*; ſed ibi adiicit, ſi emtor poſſideat, *aut dolo fecit, quominus poſſideat.*

L. 16. §. 3. D. de pignor. et hypoth. Si *dolo* quidem *deſiit poſſidere*, ſumma antem ope niſus, non poſſit rem ipſam reſtituere: tanti condemnabitur, *quanti actor in litem iuraverit.*

Es erhellet hieraus, daß der Schätzungseid nicht nothwendig eine rechtskräftige Verurtheilung des Beklagten zur Reſtitution oder Exhibition der Sache in Natur vorausſetzt. Denn die Klage kann wegen der Unmöglichkeit der Reſtitution gleich anfangs auf Entſchädigung gerichtet ſeyn, und der Kläger ſich zum Würderungseide erbieten. Hier kann doch die Sentenz des Richters nicht auf Herausgabe der Sache gehen, die nicht mehr exiſtirt. Ich kann daher auch nicht in den Begriff einſtimmen, wenn man ſagt [7]), der Schätzungseid ſey im ächt römiſchen Sinn ein Eid, wodurch von der ſiegenden Parthey in einem Rechtsſtreite der Nachtheil geſchätzt wird, welcher ihr durch eine aus

7) S. Martins Lehrbuch des bürgerlichen Proceſſes §. 221.

aus Bosheit oder der größten Schuld der **beſiegten** nicht erfüllte Verbindlichkeit erwächſt.

c) Wenn ein rechtlich erwieſener, oder wenigſtens dafür anzunehmender dolus des Beklagten den Abgang der ordentlichen Beweismittel, und dadurch eine Ungewißheit in facto veranlaßt hat. Z. B. ein Vormund läßt es an der Errichtung eines Inventariums fehlen, und ſetzt dadurch den Pupillen auſſer Stand, ſein Vermögen zu beweiſen; oder der Gegner hat die Urkunden, welche gegen ihn zum Beweis hätten gebraucht werden ſollen, argliſtig auf die Seite geſchaft [8]). Hier kann der Kläger den Gegenſtand ſeines Rechts durch ſeinen Eid beſtimmen. Auf eine contumacia läßt ſich dieſer Fall wohl nicht immer reduciren. Die Geſetze ſagen auch dieſes nicht. In der *L. 7. pr. D. de adminiſtrat. et peric. tutor.* heißt es: Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo *inventarium* appellatur, *dolo feciſſe videtur*: niſi forte aliqua neceſſaria et iuſtiſſima cauſa allegari poſſit, cur id factum non ſit. *Si quis igitur dolo inventarium non fecerit, in ea conditione eſt, ut teneatur in id, quod pupilli intereſt: quod ex iureiurando in litem aeſtimatur.*

d) Wenn ſich der Beklagte, ob er wohl die in Anſpruch genommene Sache weder beſitzt, noch jemals beſeſſen hat, dennoch boshaft in den Rechtsſtreit einläßt, ſo kann er verurtheilt werden, nicht anders, als ob er wirklich Beſitzer wäre, und der Kläger kann ſein Intereſſe eidlich

8) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. S. 346.

lich beſtimmen. Es ſind bekannte Regeln, welche uns Ulpian [9]) giebt: *dolo facere eum, qui ſe offert petitioni*, und *omnem, qui ſe offert petitioni, quaſi poſſidentem teneri*. In Gemäßheit derſelben ſagt nun Celſus [10]): Qui ſe liti obtulit, cum rem non poſſideret, *condemnatur*: niſi evidentiſſimis probationibus poſſit oſtendere, actorem ab initio litis ſcire, eum non poſſidere: quippe iſto modo non eſt deceptus; et, qui ſe hereditatis petitioni obtulit, ex doli clauſula tenetur; *aeſtimari ſcilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi*. Ferner Ulpian [11]): Is, *qui ſe obtulit rei defenſioni ſine cauſa*, cum non poſſideret, nec dolo feciſſet, quominus poſſideret, ſi actor ignoret, *non eſt abſolvendus*. Nicht minder Paulus [12]): Sin autem, cum a Titio petere vellem, aliquis dixerit, *ſe poſſidere, et ideo liti ſe obtulerit*, — *omnimodo condemnandus eſt*. Daß dieſe *condemnatio* auf eine Leiſtung das Intereſſe nach dem eidlichen Anſchlage des Klägers gehe, leidet darum keinen Zweifel, weil der Schätzungseid auch bey Realklagen die gewöhnliche Strafe des Dolus iſt [13]). *In actionibus in rem*, et in ad exhibendum *in litem iuratur*, ſagt Marcian *L. 5. pr. D. h. t.* Wie läßt ſich dieſer *dolus* aus einem Ungehorſam erklären?

e) Auch

9) *L. 13. §. 13. D. de heredit. petit.*

10) *L. 45. D. eodem.*

11) *L. 25. D. de rei vindicat.*

12) *L. 27. pr. D. eodem.*

13) S. den 8. Th. dieſes Commentars §. 586. S. 205. und Gönners Handbuch des gemeinen Proceſſes 1. Band Nr. XVI. §. 6.

e) Auch der durch eine heimliche oder gewaltthätige Handlung geſtörte Beſitzſtand, giebt dem Würderungseide Raum, wie Ulpian lehrt, wenn er *L.* 15. §. 7. *et* 9. *D. Quod vi aut clam* ſagt: Hoc interdicto tanti lis aeſtimatur, quanti actoris intereſt, id opus factum eſſe. Officio autem iudicis ita oportere fieri reſtitutionem, iudicandum eſt, ut in omni cauſa eadem conditio ſit actoris, quae futura eſſet, ſi id opus, de quo actum eſt, neque vi, neque clam factum eſſet. — *Sed quod interfuit, aut per iusiurandum, quod in litem actor iuraverit, aut, ſi iurare non poſſit, iudicis officio aeſtimandum eſt.* Hier iſt zwar von einer Wiederherſtellung des vorigen Zuſtandes, allein auch nicht entfernt von einem Ungehorſam des Gegners in Herausgabe einer ſtreitigen Sache die Rede; und doch findet der Schätzungseid Statt.

Endlich und überhaupt,

f) wenn die Verletzung des Klägers durch irgend eine unerlaubte Handlung geſchahe, wobey dem Beklagten eine Argliſt oder grobe Nachläßigkeit zur Laſt fällt, wenn es auch nur ein dolus praeteritus iſt [14]).

L. 1. §. 25. *et* 26. *D. Depoſiti.* Si rem depoſitam vendidiſti, eamque poſtea redemiſti, in cauſam depoſiti, etiamſi ſine dolo malo poſtea perierit, teneri te depoſiti: *quia ſemel dolo feciſti, cum venderes. In depoſiti quoque actione in litem iuratur.*

L. 9. *D. h. t.* Cum furti agitur, iurare ita oportet, tanti rem fuiſſe, cum furtum factum ſit, non adiici, eo, plurisve, quia, quod res pluris eſt, utique tanti eſt.

L. 9.

14) S. THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1166.

L. 9. §. 1. D. ad exhibendum. Glans ex arbore tua in fundum meum incidit, eam ego immiſſo pecore depaſco: qua actione poſſum teneri? POMPONIUS ſcribit, *competere actionem ad exhibendum ſi dolo pecus immiſi, vt glandem comederet.* Et placet nobis POMPONII ſententia.

L. 5. D. h. t. In *omnibus* in rem, et in *ad exhibendum*, et in *bonae fidei iudiciis* in litem iuratur.

Diejenigen, welche nur einzig den Ungehorſam des Beklagten in der Reſtitution, als poſitiven Grund des Würderungseides, annehmen, ſetzen uns zwar die *L. 18. pr. D. de dolo* entgegen, wo Paulus ſagt: Arbitrio iudicis in hac quoque actione reſtitutio comprehenditur: et, *niſi fiat reſtitutio*, ſequitur condemnatio, quanti ea res eſt. Ideo autem et hic, et in metus cauſa actione, certa quantitas non adiicitur, *ut poſſit per contumaciam ſuam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iuraverit.* Man argumentirt hieraus auf folgende Art. Wird ſelbſt bey der actio doli nicht anders, als im Falle eines eingetretenen Ungehorſams, die Würderung dem Kläger geſtattet; ſo kann wohl Argliſt allein, oder die derſelben gleichgeachtete culpa lata, an ſich kein Würderungsrecht begründen. Dieſer Fall müſſe für alle ſprechen [15]). Ich verkenne den Scharfſinn dieſes Arguments nicht, glaube aber doch nicht, daß es der Meinung des Thibaut, welche ich hier zu der meinigen mache, zuwider ſey. Denn man darf nicht vergeſſen, daß die actio doli eine actio arbitraria iſt, bey welcher der Beklagte aller weitern Con-

15) S. DRUMMERS Theorie des Würderungseides §. 11. S. 17. ff.

Condemnation dadurch entgehen konnte, wenn er der vorläufigen Sentenz des Richters, welche ihm die Entſchädigung des Klägers auflegte, gutwillige Folge leiſtete. Geſchahe dieſes nicht, ſo konnte nachher der Kläger durch ſeinen Eid beſtimmen, auf welche Art nun der Beklagte zu verurtheilen ſey. So war freylich der Würderungseid auch bey der actio doli eine Strafe des Ungehorſams, und man hat gar nicht nöthig, mit **Anton Faber** [16]) dieſe Stelle für unächt und interpolirt zu halten, wie auch ſchon **Bachov** [17]), **Meier** [18]) und **Dompierre** [19]) aus Gründen gezeigt haben, welche die Aechtheit derſelben auſſer Zweifel ſetzen. Allein deswegen denke man nicht, als ob blos Ungehorſam des Beklagten bey der actio doli ein Würderungsrecht gebe. Denn es giebt ja Fälle, wo das arbitrium iudicis wegfällt, weil keine Reſtitution möglich iſt. Hier kann ſogleich die Condemnation geſchehen, und es iſt unbegreiflich, warum hier der Kläger nicht eben ſo gut befugt ſeyn ſollte, ſeinen Schaden gegen den Betrüger ſelbſt zu würdern. **Paulus** lehrt dieſes ſelbſt nicht undeutlich, wenn er *L.* 18. §. 1. *D. de dolo malo* ſagt: Non tamen ſemper in hoc iudicio *arbitrio* [20]) *iudicis dandum eſt*

16) Conjectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 18.

17) Tract. de Actionib. Diſputat. VII. Th. 15. et adv. *Fabrum* Decad. XCII. Error. 4.

18) Ενδοξων Iuſtinianeor. Decad. II. Cap. 5.

19) Specim. de Reſtitutionib. in integrum Tit. III. §. 36. pag. 188.

20) So lieſet die Florentine. Haloander, und Baudoza leſen richtiger *arbitrium*. Hiermit ſtimmt auch unſer *Cod. Pand. Erlang.* überein.

eſt [21]): quid enim ſi manifeſtum ſit, *reſtitui non poſſe?* veluti ſi ſervus dolo malo traditus defunctus ſit, *ideoque protinus condemnari debeat in id, quod interſit actoris* [22]). Noch ein anderes Beyſpiel führt er §. 4. an: Dolo cuius [23]) effectum eſt, ut lis temporibus legitimis transactis pereat: TREBATIUS ait, *de dolo* dandum iudicium, *non ut arbitrio iudicis res reſtituatur*, ſed ut tantum actor conſequatur, *quanti eius interfuerit, id non eſſe factum*; ne aliter obſervantibus lex circumſcribatur. Es iſt hier von dem Dolus eines Dritten die Rede, welcher von dem Gegner desjenigen, dem die verjährte Klage zuſtand, verſchieden iſt, wie auch ſchon die Gloſſe ganz richtig bemerkt hat. Die in dieſem Falle geſtattete actio doli geht nicht auf Reſtitution der erloſchenen Klage, ſondern auf Leiſtung des Intereſſe nach der eidlichen Würderung des Klägers [24]). Da hier der Beklagte weder als Beſitzer, noch als ein ſolcher behandelt werden kann, welcher auf eine doloſe Art zu beſitzen aufgehört hat, ſo leuchtet in die

21) Statt *dandum* will *Th.* MARCILIUS ad §. 32. I. de Act. *ſtandum* leſen. Allein dieſe Aenderung entſtellt offenbar den Sinn, welcher dahin geht, daß bey der actio doli nicht immer ein arbitrium iudicis nöthig ſey. S. MEIER Ενδοξων cit. loc. §. 10.

22) Daß auch hier das iuramentum in litem Statt finde, behaupten BACHOVIUS de Actionib. c. I. Th. 15. in fin. pag. 73. und FRANTZKIUS in Comm. ad Pand. Lib. IV. Tit. 3. nr. 27.

23) *Cuius* iſt hier ſoviel als *alicuius*. In den Baſiliken iſt τινος gebraucht. S. IENSIUS in Strictur. ad Rom. iur. Pand. pag. 25.

24) S. DOMPIERRE *de* JONQUIERES Specim. de Reſtitutionib. in integrum Tit. 3. §. 18. pag. 159. ſq.

die Augen, daß hier das Würderungsrecht des Klägers nicht durch Ungehorſam in der Reſtitution begründet werde. Aus dem allen ergiebt ſich,

3) daß der Würderungseid, als bloßer modus, das Intereſſe des Klägers auszumitteln, überall Statt findet, wo das Würderungsrecht begründet iſt, es mag von einer Reſtitution, oder Exhibition, oder Tradition, oder von irgend einer Entſchädigung des Klägers die Rede ſeyn, ſofern das Entſchädigungs-Quantum nur durch dieſen Eid fixirt werden kann [25]); die Klage, welche dem Beſchädigten zuſteht, ſey ein actio in rem [26]) oder in perſonam, eine actio bonae fidei [27], oder ſtricti iuris [28]), eine petito-

25) S. WIRSCHINGERS Verſuch einer neuen Th. über das iuram. in litem §. 77. ff.

26) *L. 68. D. de Rei vindic.* — Haec ſententia generalis eſt, et ad omnia ſive interdicta, ſive actiones in rem, ſive in perſonam ſunt, ex quibus arbitratu iudicis quid reſtituitur, locum habet. Das iuramentum in litem findet namentlich Statt, bey der hereditatis petitio. *L. 25. §. 10. D. de hereditat. petit.* bey der rei vindicatio. *L. 46. L. 68. D. de rei vindicat.* bey der actio confeſſoria und negatoria. *L. 7. D. Si ſervitus vindicet.* und bey der actio hypothecaria. *L. 16. §. 3. D. de pignor. et hypoth. L. 21. §. 3. D. eodem.* Anderer Meinung iſt zwar *Ant.* FABER Coniectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 15. und de Errorib. Pragmat. Decad XCII. Err. 10. welcher die *L. 16. cit.* für interpolirt hält. Allein man ſehe *Reinh.* BACHOVII Tract. de Actionib. Diſſ. VII. Th. 16. und *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 290.

27) *L. 5. pr. D. h. t.*

28) *L. 5. §. 4. et L. 6. D. eodem. L. 60. §. 1. D. ad Leg. Falcid.* S. *Lud.* CHARONDAS Veriſimil. Lib. I. cap. 12. (Tom. I. *Theſ.*

titoriſche oder poſſeſſoriſche [29]) Klage; ſie mag aus einem Contract [30]) oder Delict [31]) entſpringen. Jedoch ſind nicht alle Rechtsgelehrten hierin einverſtanden. Viele [32]) wollen den Würderungseid nur bey der Reſtitution, nicht aber bey der Tradition zulaſſen. Sie läugnen daher, daß er bey der Klage aus dem Kaufcontract (actio emti) Statt finde, wenn der Verkäufer ſich durch Argliſt oder grobe Fahrläßigkeit außer Stand geſetzt hat, die Sache dem Käufer zu übergeben. Denn der Würderungseid ſetze immer voraus,

Theſ. Otton. pag. 710.) und *Chriſt.* THOMASII Diſſ. de pretio affectionis in res fungibiles non cadente. *Halae 1701.* Cap. III. §. 24—27.

29) *L. 68. D. de Rei vindicat. L. 15. §. 7. et 9. D. Quod vi aut clam. L. 3. §. 11. D. Uti poſſidet. L. 8. §. 4. D. de precario.*

30) Namentlich bey der actio commodati. *L. 3. §. 2. D. Commodati.* Actio depoſiti. *L. 1. §. 26. D. depoſiti.* Actio locati. *L. 48. §. 1. D. locati.* Actio tutelae. *L. 7. pr. D. de adminiſtr. et peric. tutor.*

31) *L. 9. D. h. t. L. 8. §. 1. D. Rerum amotar.*

32) *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XXVI. cap. 8. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XVII. Err. 9. *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. *Oper.* Tom. II. pag. 291. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XVII. Th. 64. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. *Franc.* DUARENUS Comm. ad Tit. Pand. de in litem iur. §. 23. ſqq. *Operum* pag. 220. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pand. loca difficil. Exercit. XI. §. 18. *Io. Frid.* EISENHART Diſſ. de iuramento in litem affectionis in emtione venditione ceſſante. (in *Opuſcul. Halae 1771.* edit. nr. V.) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4534. et not. h. Müller im Verſuch über den Schätzungseid §. 6. u. a. m.

voraus, daß Jemand eine Verletzung in Hinſicht auf ſein ſchon wirklich erworbenes Vermögen erlitten habe. Nun aber habe die actio emti eine Sache zum Gegenſtande, welche der Kläger vor der Uebergabe noch nicht zu dem rechtlich Seinen zählen kann. Zwar könne der Käufer bey nicht erfolgter Uebergabe auf das Intereſſe klagen [33]), allein dies ſey von demjenigen ganz verſchieden, welches der Kläger durch den Würderungseid erhält. Man ſieht aus dem allen, daß man hier von dem Grundſatz ausgeht, der eigentliche Würderungseid ſey ein Affectionseid. Allein kann gleich durch den Schätzungseid auch der Affectionswerth beſchworen werden, ſo iſt es doch eine ſehr unbefriedigende Vorſtellung, wenn man die weſentliche Eigenthümlichkeit dieſes Eides blos darin ſetzen will, da derſelbe vielmehr überhaupt das Mittel ſeyn ſoll, das ſinguläre Intereſſe des Klägers auszumitteln, und zur Gewißheit zu bringen. Nun wird nicht nur *L. 5. pr. D. h. t.* überhaupt die Regel gegeben, daß der Würderungseid in bonae fidei iudiciis Statt habe; ſondern die Geſetze räumen auch insonderheit dem Käufer das Recht ein, ſein ſinguläres Intereſſe, ſogar *ultra rei pretium*, zu würdern, wenn ihm die Sache nicht tradirt wird. **Ulpian** ſagt *L. 1. pr. D. de actionib. emti venditi.* Si res vendita non tradatur, in id, *quod intereſt*, agitur: hoc eſt, quod rem habere intereſt emtoris. *Hoc autem interdum pretium egreditur,* ſi pluris intereſt, quam res valet, vel emta eſt; und *L. 21. §. 3. D. eodem* ſagt **Paulus**: Cum per venditorem ſteterit, quo minus rem tradat, *omnis utilitas emtoris* in aeſtimationem venit, quae modo circa ipſam

 rem

33) *L. 4. et 10. Cod. de act. emti vend.*

rem conſiſtit. Mit Recht wird daher von andern [34]) der Würderungseid auch bey der Klage aus dem Kaufcontract zugelaſſen.

Man ſtreitet ferner darüber, ob dieſer Eid bey der actio Legis Aquiliae Statt finde? Mehrere [35]) läugnen dieſes aus dem Grunde, weil die Klage des Aquiliſchen Geſetzes eine Pönalklage ſey, welche auf Erſtattung des höchſten Werths gehe, den die beſchädigte Sache in dem letztern Jahre oder in den letztern dreyßig Tagen gehabt hat. Da nun auch der Würderungseid eine Strafe des Dolus ſey, ſo würde der Beklagte unbilliger Weiſe wegen des nämlichen Vergehens eine doppelte Strafe leiden. Ueberdem ſage **Paulus** *L. 33. pr. D. ad Legem Aquil.* ausdrücklich, daß bey der Klage des Aquiliſchen Geſetzes der Schade nur nach dem gemeinen, und nicht nach dem Affections-

34) MÜLLER ad *Struvium* c. l. not. α. WERNHER Select. Obſerv. for. Tom. I. P. IV. Obſ. 151. nr. 347. ſqq. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Meditat. CXLVI. Cor. 2. *Chriſt.* THOMASIUS in Diſſ. de pretio affectionis in res fungibiles non cadente. Cap. III. §. 21—23. *Io. Aug.* DONNDORFF Commentat. de iureiurando in litem affectionis in emtione venditione non ceſſante. *Quedlimburgi* 1776. WALCH Introd. in controv. iur. civ. p. 600. WEHRN Doctr. iuris explicatr. principior. et cauſar. damni praeſt. §. 65. not. 23. p. 414. THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1166. not. g. WIRSCHINGERS angef. Verſuch §. 78. u. ſ. w.

35) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XVII. Err. 5. in fin. THOMASIUS in Diſſ. de pretio affectionis in res fungib. non cad. Cap. III. §. 28—30. CRAMER Diſſ. de iuramento in litem affectionis et veritatis §. 45 et 46. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 484. p. 324. *Henr. Lud. Car.* EULER Diſſ. ſiſtens obſervationes quasdam de eo, quod intereſt. praeſ. *Iul. Frid.* MALBLANC def. *Tüb.* 1801. §. 20.

fectionswerthe geſchätzt werde [36]. Allein dieſe Gründe ſcheinen mir nicht hinreichend zu ſeyn, um das iuramentum in litem bey der actio Legis Aquiliae gänzlich auszuſchlieſſen. Denn daß ſich Erſtens der Würderungseid mit der Pönalqualität einer Klage wohl vertrage, beweißt die actio furti [37]), doli und quod metus cauſa [38]) bey welchen dieſer Eid Statt findet. Ueberdem fällt die Pönalqualität bey der actio L. A. nach dem heutigen Gerichtsgebrauche ohnehin weg [39]). Sodann braucht ja nicht gerade der Werth der Vorliebe durch den Würderungseid beſchworen zu werden. Nun geht die actio Legis Aquiliae nicht blos auf den Werth der beſchädigten Sache, ſondern auch auf alles übrige Intereſſe, und inſonderheit auch auf den entgangenen Gewinn [40]).

36) S. den 10. Theil dieſes Commentars §. 702. S. 344.

37) *L. 9. D. h. t.* Mehrere Rechtsgelehrten wollen zwar dieſe Stelle von der condictione furtiva verſtehen. So BALDUINUS in Iurisprud. Mutiana pag. 285. *Iac.* LABITTUS in Uſu indicis Pandectar. Cap. III. §. 1. in WIELING Iurisprud. reſtituta T. II. pag. 71. *Ioſ.* FINESTRES in Hermogeniano pag. 615. und *Iac.* GOTHOFREDUS Animadverſion. iuris cap. 1. Allein man ſehe *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticar. Dec. XVII. Err. 5. und *van de* WATER Obſervation. iuris Rom. Lib. III. cap. 4. pag. 265. ſq.

38) *L. 18. pr. D. de dolo malo.*

39) S. den 10. Th. dieſes Commentars §. 705.

40) *L. 21. §. 2. L. 22. L. 23. pr. D. ad Leg. Aquil. §. 10. I. eodem.* Mit mir ſtimmt auch WEHRN in Doctr. iuris explicatr. principior. et cauſar. damni praeſtandi §. 65. not. 23. pag. 414.

Faſt alle [41]) ſagen endlich, daß das iuramentum in litem auch nicht Statt habe bey den actionibus contrariis. Dieſe Meinung ſcheint auch an der *L. 5. pr. D. Depoſiti* eine vorzügliche Stütze zu haben. Denn da heißt es ausdrücklich: Ei, apud quem depoſitum eſſe dicetur, *contrarium iudicium depoſiti* datur: *in quo iudicio merito in litem non iuratur*; non enim de fide rupta agitur, ſed de indemnitate eius, qui depoſitum ſuscepit. Hier wird alſo geſagt, daß bey der actio depoſiti contraria der Würderungseid darum nicht Statt finde, weil es hier nicht ſo, wie bey der actio depoſiti directa, einer gebrochenen Treue gelte, ſondern blos von einer Entſchädigung die Rede ſey. Aus dieſem Grunde ſage auch **Ulpian** *L. 6. §. ult. D. de his, qui not. infam.* Contrario iudicio damnatus non erit infamis. Nec immerito: *nam in contrariis non de perfidia agitur, ſed de calculo, qui fere iudicio ſolet dirimi.* Allein immerhin mag hier der Fall des eintretenden Würderungseides ſeltner ſeyn, als bey den directen Contractsklagen; daß er deswegen bey den conträren Klagen ganz auszuſchlieſſen ſey, ſagen dennoch die angeführten Geſetze nicht. Wie wenn das Entſchädigungs-Quantum nicht anders, als durch den Eid des Klägers ausgemittelt werden könnte? oder wenn auch hier der ungewöhnliche Fall der gebrochenen Treue eintreten ſollte? Man denke ſich doch nur einmal den Fall, von welchem **Ulpian** *L. 22. §. 3. D. de pignerat. act.* ſpricht. Si poſt diſtra-

41) VOET Comment. ad Pandect. h. t. §. 5. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XVII. Th. 64. MÜLLER ad *Eundem* not. β. BORCHOLT Tr. de in litem iurando §. 20. **Müllers** Verſuch über den Schätzungseid. §. 6. S. 45. u. a. m.

diſtractum pignus debitor, qui precario rogavit, vel conduxit pignus, poſſeſſionem non reſtituat, contrario iudicio tenetur. Nun ſtelle man ſich den Fall vor, der Schuldner verweigere hartnäckig die Herausgabe des Pfandes, oder durch eine doloſe Handlung ſey ihm dieſelbe unmöglich geworden; warum ſollte hier nicht der Würderungseid Statt haben? Daß auch bey der actio contraria die gebrochene Treue, ſo gut, wie bey der directa die Infamie zur Folge haben könne, lehrt **Ulpian**, wenn er *L.* 6. §. 5. *D. de his, qui not. infam.* ſagt: Mandati condemnatus: verbis Edicti notatur, non ſolum, qui mandatum ſuscepit, ſed et is, qui fidem, quam adverſarius ſecutus eſt, non praeſtat: utputa, fideiuſſi pro te, et ſolvi, mandati te ſi condemnavero, famoſum facio. Mit mir ſtimmen auch mehrere ſowohl theoretiſche als practiſche Rechtsgelehrten [42]) überein.

4) Durch den Würderungseid beſtimmt der Kläger den Gegenſtand ſeines Rechts nach ſeinem Intereſſe; und zwar wollen die Geſetze die ihm zu leiſtende Entſchädigung durchaus ſo regulirt wiſſen, daß er in jenem Zuſtande erſcheine, in welchem er ſich befände, wenn er die Verletzung nicht erlitten hätte. Ganz in dieſem Geiſte ſpricht **Ulpian** die Nothwendigkeit des Würderungseides beym Interdicto *Quod vi aut clam* aus, wenn er ſagt: Officio

 autem

42) WERNHER ſelect. Obſervat. for. Tom. I. P. IV. Obſ. 151. nr. 354. et 375. CARPZOV P. I. Conſt. 23. nr. 12. *Conr. Wilh.* STRECKER Diſſ. de iuramento in litem. *Erfordiae 1724.* §. 18. WEHRN Doctr. iuris explicatr. principior. et cauſar. damni praeſt. §. 65. pag. 415. not. 31. und WIRSCHINGER in dem angef. Verſuche §. 79.

autem iudicis ita oportere fieri reſtitutionem, iudicandum eſt, *ut in omni cauſa eadem ſit conditio actoris*, *quae futura eſſet, ſi id opus*, *de quo actum eſt*, *neque vi neque clam factum eſſet*; und Papinian lehrt noch insonderheit, worauf man zu ſehen habe, um dem Kläger wegen des erlittenen Dolus ſeines Gegners die volleſte Befriedigung zu verſchaffen, wenn er in der energiſchen Stelle *L.* 78. *D. de reg. iur.* ſagt: Generaliter, cum *de fraude* diſputatur, non, *quid habeat actor*, ſed, *quid per adverſarium habere non potuerit*, conſiderandum eſt. Es entſteht nun alſo hierbey die eben ſo ſchwierige als beſtrittene Frage, nach welchem Maasſtabe die Entſchädigung des Klägers durch den Würderungseid auszumitteln ſey? Darf bey der Schätzung des ſtreitigen Objects nur der gemeine Maasſtab des Marktpreiſes, oder der des ſingulären Intereſſe, oder gar der Affection angelegt werden? Es iſt nöthig, im Allgemeinen Folgendes vorausgehen zu laſſen. Wenn von der Beſtimmung des Werthes eines gewiſſen Objects die Rede iſt, ſo muß dabey immer auf ein Bedürfniß für daſſelbe Rückſicht genommen werden, welches den letzten Grund des Werthes ausmacht. Dieſes Bedürfniß kann aber von doppelter Art ſeyn. Es offenbart ſich nämlich entweder als Bedürfniß der Seele, durch Affection zum geliebten Gegenſtande; oder es iſt Bedürfniß des Körpers durch Brauchbarkeit des Objects. Wird der Werth nach dem Bedürfniß der Seele durch Affection beſtimmt, oder wie Javolen ſagt *L.* 36. *in fin. D. de bonis libertor.* ſi res *animo* potius et *affectu*, quam aliorum computatione aeſtimatur; ſo nennt man dieſen Preis den Affectionswerth. Wird hingegen der Werth eines Objects durch die Brauchbarkeit deſſelben beſtimmt, ſo iſt es ein Tauſchwerth.

werth. Dieſer letztere läßt ſich wieder nach zwey verſchiedenen Maasſtäben beſtimmen. Man betrachtet nämlich den Werth eines Objects entweder an ſich, ohne auf die individuellen Verhältniſſe eines Subjects Rückſicht zu nehmen; oder der Werth eines Objects wird gerade nur an dem individuellen Bedürfniß eines Subjects gemeſſen. In dem erſten Falle iſt der Preis, der blos nach dem gemeinen Bedürfniß für das Object beſtimmt wird, nur ein gemeiner oder Marktpreis. Man nennt dieſen Werth auch das *Intereſſe commune*, weil er, als Aequivalent, an und für ſich jedem, ſtatt des Objects, gelten kann [43]). Im zweyten Falle wird der Preis, der nach den individuellen Bedürfniſſen eines Subjects beſtimmt wird, das *Intereſſe ſingulare*, oder in der Sprache der Geſetze das *Intereſſe* im eigentlichen Sinn genennt. Denn faſt immer wird in den Geſetzen [44]) die aeſtimatio rei, welche durch die Formel: *quanti ea res eſt*, angedeutet wird, dem *id, quod intereſt* entgegengeſetzt, und unter dem letztern das *Intereſſe ſingulare*, oder der Werth verſtanden, den eine Sache nach den beſondern Verhältniſſen eines Individuums,

 und

43) *L.* 3. §. *ult.* D. *Uti poſſidetis* ſagt: In hoc interdicto condemnationis ſumma refertur ad rei ipſius aeſtimationem. *Quanti res eſt*, ſic accipimus, *quanti uniuscuiusque intereſt.* Und *L.* 68. D. *de Rei vind.* heißt es: non pluris, quam res eſt, id eſt, *quanti adverſarii interfuit.*

44) *L.* 1. §. 20. *D. de tut. et rationib. diſtrab. L.* 11. §. 18. *D. de act. emti vend. L.* 21. §. 2. *L.* 22. *D. ad Leg. Aquil. L.* 193. *D. de Verb. Signif.* S. den 4. Th. dieſes Commentars §. 332.

und folglich nach den individuellen Bedürfniſſen deſſelben hat. So gewiß es iſt, daß die angegebenen drey verſchiedenen Maasſtäbe der Schätzung, nämlich Affection, gemeines Bedürfniß, und beſonderes Intereſſe in den Geſetzen genau unterſchieden werden[45]); ſo ſtreitig iſt es, ob ſie auch alle drey bey dem Würderungseide zuläßig ſind. Darüber ſind alle einig, daß der Verletzte ſein ſinguläres Intereſſe beſchwören könne. Denn nach der *L. 1. D. h. t.* ſoll es dem Kläger erlaubt ſeyn, den ſtreitigen Gegenſtand *ultra rei pretium* zu ſchätzen; und **Marcellus** unterſcheidet *L. 8. D. eodem* genau zwiſchen dem gemeinen Werth, quanti res eſt, und dem Werth, den er Verletzte nach ſeinem individuellen Intereſſe beſtimmen kann, (pretium arbitrio domini ſtatuendum, poteſtate petitori in litem iurandi conceſſa.) Nicht minder deuten die Worte des **Calliſtratus** *L. 10. D. eodem* actori permittitur in litem iurare, *quanti ſua intereſt*, auf ein ſinguläres Intereſſe des Klägers; und bey dem Interdicto *quod vi aut clam*, bey welchem namentlich der Würderungseid geſtattet wird[46]), ſagt **Ulpian** *L. 15. §. 7. D. Quod vi aut clam*: Hoc interdicto tanti lis aeſtimatur, *quanti actoris intereſt*, id opus factum eſſe. Nur in einigen wenigen Fällen wollen die Geſetze, daß der Werth der Sache an ſich, und alſo der Marktpreis zum Regulativ des Schätzungseides dienen ſoll. Dies war nämlich der Fall

1) bey

45) *L. 33. D. ad Leg. Aquil.* ſagt: Pretia rerum non ex *affectione* — nec *utilitate ſingulorum* — ſed *communiter* fungi. Eben ſo ſagt *L. 63. pr. D. ad Leg. Falcid.*

46) *L. 15. §. 9. D. Quod vi aut clam.*

1) bey den Klagen des ſtrengen Rechts. Marcian ſagt *L*. 5. §. 4. *D. h. t.* Plane interdum et *in actione ſtricti iudicii* in litem iurandum eſt; veluti ſi promiſſor Stichi moram fecerit, et Stichus deceſſerit: *quia iudex aeſtimare, ſine relatione iurisiurandi* [47]), *non poteſt rem, quae non extat.* Hier erlaubte es die Natur der Klage nicht, das volle Intereſſe des Klägers als Maasſtab der Würderung zuzulaſſen [48]. Nur die Sache an ſich durfte geſchätzt werden, wenn nicht das Intereſſe auf den Fall der Nichterfüllung des Verſprechens in der Formel des Contracts ausdrücklich ausbedungen war. Denn die mora des Promittenten hatte hier keine andere Wirkung, als die der Perpetuirung der Verbindlichkeit [49]). Auch ſollte hier der Würderungseid nur dann zugelaſſen werden, wenn ohne denſelben der Richter die Sache zu ſchätzen nicht im Stande war. Uebrigens beweißt dieſe Stelle zugleich, was ich oben bemerkt habe, daß der Würderungseid nicht bloß bey der Reſtitution, ſondern auch bey der Tradition Statt hatte. Der Maasſtab des ſingulären Intereſſe fiel

2) auch bey denjenigen Klagen weg, in welchen der Römer das Mehrfache (duplum, quadruplum) als Aequi-

47) i. e. ſine delatione. Die Worte *deferre*, und *referre iusiurandum* werden öfters verwechſelt. Beyſpiele liefern *L*. 24. *D. de iureiur.* *L*. 12. *D. rer. amotar.* S. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 292.

48) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 5. und beſonders DRUMMER in der angef. Theorie des Würderungseides §. 16.

49) *L*. 23. *D. de Verb. obligat.* *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XVI. Err. 8.

Aequivalent des zu erſetzenden Schadens ſtatuirte. Denn bey dieſen erſetzte ſchon das Mehrfache des reellen Preiſes den Preis des Intereſſe vollkommen. **Javolen** wendet dieſen Grundſatz bey der actio furti an, wenn er *L.* 9. *D. h. t.* ſagt: Cum *furti* agitur, iurare ita oportet, *tanti rem fuiſſe*, cum furtum factum ſit. Daß hier blos von dem reellen Preis, den die geſtohlne Sache an ſich ſelbſt hat, die Rede ſey, ohne alle Rückſicht auf das individuelle Intereſſe des Beſtohlnen, beweißt nicht nur der Zuſammenhang, wenn man damit die unmittelbar vorhergehende *L.* 8. *h. t.* verbindet; ſondern es giebt auch Ulpian hierüber den vollkommenſten Aufſchluß, wenn er *L.* 50. *pr. D. de furtis* ſagt: In furti actione non, *quod intereſt*, quadruplabitur, vel duplabitur: ſed *rei verum pretium.* Sed et ſi res in rebus humanis eſſe deſierit, cum iudicatur: nihilominus condemnatio facienda eſt. Idemque etſi nunc deterior ſit, aeſtimatione relata in id tempus, quo furtum factum eſt. Quod ſi pretioſior facta ſit: eius duplum quanti tunc, cum pretioſior facta ſit, fuerit, aeſtimabitur, quia et tunc furtum eius factum eſſe, verius eſt. Alles dieſes ſind indeſſen nur Ausnahmen von der Regel, welche im Würderungseide den Maaſtab des ſingulären Intereſſe fordert, und wenn gleich bey uns die Gründe für jene Ausnahmen hinwegfallen [50]), ſo liefern ſie uns doch immer noch einen bündigen Beweis gegen die irrige Anſicht derer, welche den Würderungseid für einen bloßen Affectionseid halten

50) Anderer Meinung iſt zwar *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 5. Allein man ſehe EMMINGHAUS ad *Eundem* Tom. II. pag. 177. und DRUMMER in der angeführten Theorie §. 16.

ten wollen. Es iſt nun aber überhaupt noch die Frage, ob auch der Affectionswerth von dem Kläger, welcher in litem ſchwört, in die Würderung aufgenommen werden dürfe? Viele [51]) wollen dieſes gänzlich läugnen. Sie ſagen, ausdrücklich ſey es auch nicht in einem Geſetz beſtimmt, daß der Kläger ſeine Affection würdern dürfe; vielmehr ſtehe allenthalben klar geſchrieben, *ut iuret actor*, *quod ſua interfuit*[52]). Es laſſe ſich auch aus keinem ſichern Princip die Zuläßigkeit des Maasſtabes der Affection erweiſen. Denn wollte man von dem allgemeinen Grundſatz ausgehen: die Würderung tendire dahin, das Aequivalent eines zu erſetzenden Schadens abzuwiegen; ſo müßte man auch für das Würderungsrecht das allgemeine Princip des Römers gelten laſſen: im Schadenserſatze darf von Affection nie die Sprache ſeyn. Paulus lehre dieſes ausdrücklich, wenn er *L.* 33. *D. ad L. Aquil.* ſagt: Si ſervum meum occidiſti, *non affectiones aeſtimandas eſſe puto*, (veluti ſi filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles,) *ſed quanti omnibus valeret.* — Itaque eum, qui filium naturalem poſſidet, non eo locupletiorem eſſe, quod eum plurimo, ſi alius poſſideret, redemturus fuit, nec illum, qui filium alienum poſſideat, tantum habere, quanti eum patri vendere poſſet. *In Lege enim Aquilia damnum conſequimur, et amiſiſſe dicemur, quod aut conſequi potuimus, aut erogare cogi-*

51) Man vergleiche hier beſonders *Io. Laur.* DORN Diſſ. de iureiur. in litem pretii affectionis figmento liberato. §. 37. ſqq. und DRUMMER in der angef. Theorie. §. 14.

52) *L.* 2. 5. *et* 10. *D. h. t.* — *L.* 68. *D. de rei vindic.* — *L.* 7. *pr. D. de adminiſtr. et peric. tutor.*

cogimur. Legt man aber auch das dem Würderungseide eigene Princip zum Grunde, welches derſelbe **Paulus** *L.* 9. *D. de act. rer. amotar.* in den Worten darſtellt: Non enim aequum eſt, invitum ſuo pretio res ſuas vendere; ſo erſcheine jetzt der Kläger in der Qualität eines freyen Verkäufers. So wenig nun aber ein Verkäufer nach ſeiner Affection den Preis ſeiner Waaren beſtimmen könne, eben ſo wenig könne im Würderungseide Affection als Maasſtab gebraucht werden. Hierzu komme, daß nach der Meinung der Geſetze der Richter dem Kläger eine beſtimmte Größe des Werthes vorlegen könne, innerhalb welcher der Kläger erſt würdern dürfe. Sed iudex, ſagt **Marcian** *L.* 5. §. 1. *D. h. t.* poteſt praefinire *certam ſummam*, usque ad quam iuretur; und **Paulus** ſtellt *L.* 18. *pr. D. de dolo* den Grundſatz auf: Officio iudicis debet *taxatione* iusiurandum refrenari. Nun ſey Affection, an welcher doch dieſe Summe präfinirt werden müſſe, etwas abſolut Subjectives, und folglich von der Natur, daß ſie ſich in Rückſicht deſſelben Objects bey verſchiedenen Subjecten in verſchiedene Grenzen, ja ſogar ins Unendliche erſtrecken kann. Wie und wornach könnte nun da der Richter ſeine Fundamentalgröße berichtigen? Um aber vollends zu beweiſen, daß der Affectionswerth in den römiſchen Geſetzen ſchlechterdings verworfen werde, beruft man ſich auf folgende Geſetzſtellen:

L. 1. §. 15. *D. Si quid in fraudem patroni.* Et alias videamus, ſi dicat patronus, rem quidem iuſto pretio veniſſe, verumtamen hoc intereſſe ſua, non eſſe venundatam, inque hoc eſſe fraudem, quod venierit poſſeſſio, in quam habet patronus *affectionem* vel opportunitatis, vel vicinitatis, vel coeli, vel quod illic edu-

educatus ſit, vel parentes ſepulti, an debeat audiri, volens revocare? *Sed nullo pacto erit audiendus, fraus enim in damno conſiſtit pecuniario.*

L. 63. pr. D. ad Leg. Falcid. Pretia rerum *non ex affectu*, ſed communiter funguntur.

L. 36. D. de bonis libertor. wo Javolen ea, quae *affectione* aeſtimanda ſunt, denjenigen entgegenſetzt, quae *pretio* ſunt aeſtimanda.

Allein ſo ſcharf dieſe Gründe durchdacht zu ſeyn ſcheinen, ſo laſſen ſie doch noch manchen erheblichen Zweifel übrig, der dadurch nicht gelößt wird. Denn Erſtens leuchtet jedem Unbefangenen in die Augen, daß in allen dieſen Stellen kein Verbot enthalten ſey, den Affectionswerth bey Beſtimmung des Entſchädigungs-Quantums zu berückſichtigen. Die actio Legis Aquiliae verſtattete freylich, als eine Pönalklage, nicht, daß der Kläger ſeine Affection würdern durfte, weil er ſchon ohnehin den höchſten Preis erhielt, welchen der getödete Sklave in dem letzten Jahre hatte, und noch überdem das Intereſſe extra rem in Anſchlag bringen konnte. Denn man ſetze, der getödete Sklave wäre der Hauptſänger bey einem Corps von Muſikern geweſen, welches nun dadurch am Werth verlohren hätte, wie *L. 23. D. ad L. Aquil.* unter andern dieſes Beyſpiel giebt. Eben ſo zweckte die actio Faviana ſowohl als die Calviſiana, worauf ſich die *L. 1. §. 15. D. Si quid in fraud. patr.* bezieht, nur dahin ab, daß der Patron den ihm gebührenden Erbtheil aus der Verlaſſenſchaft ſeines Freygelaſſenen erhalte. Man ſahe alſo hier nicht auf Affection gegen das Individuum, ſondern blos auf den gemeinen Werth deſſelben, wenn ſich der Patron über eine

ihm

ihm zum Nachtheil geſchehene Veräuſſerung beſchwerte. Konnte nun der Patron ſelbſt nicht läugnen, die Veräuſſerung ſey pro iuſto pretio geſchehen, ſo konnte man nicht ſagen, das Vermögen ſeines Freygelaſſenen ſey dadurch zu ſeinem Nachtheil vermindert worden; folglich konnte dem Patron ſeine Affection zur veräuſſerten Sache kein Recht geben, die Veräuſſerung anzufechten. Immerhin aber mochte den präterirten Patron nach der angeführten *L.* 36. *D. de bonis libertor.* ſeine Affection beſtimmen, die bonorum poſſeſſio contra tabulas zu ſuchen, wenn ſchon die Erbſchaft ſeines Freygelaſſenen ſehr verſchuldet war; weil ſich im Nachlaß deſſelben ein Grundſtück befand, welches die ihm werthen Gräber ſeiner geliebten Ahnen in ſich faßt. *Non enim ideo minus habere debet ius petendae bonorum poſſeſſionis, qui animo potius, quam aliorum computatione bona liberti aeſtimat.* Dahingegen verſtand ſich's von ſelbſt, daß bey der Berechnung und Ausmittelung der Falcidiſchen Quarte, von welcher in der *L.* 62. und 63. *D. ad L. Falcid.* die Rede iſt, die vorhandenen Erbſchaftsſachen nicht nach der Affection des Erblaſſers, ſondern nach demjenigen wahren Werthe taxirt werden müſſen, den ſie zur Zeit ſeines Todes haben [53]). Daraus folgt nun aber überall nicht, daß der Verletzte ſein Würderungsrecht nicht auf den Affectionswerth erſtrecken dürfe. Das Gegentheil iſt nicht ſchwer zu erweiſen. Denn der Römer geht hier von dem Grund-

53) In der *L.* 62. *§.* 1. *D. ad L. Falcid.* wird das pretium verum dem pretio formali entgegengeſetzt, und unter dem letztern unſtreitig kein anderer, als der Affectionswerth verſtanden, wie ſich aus L. 63. ſeq. ergiebt. S. *Iac.* VOORDA Commentar. ad Leg. Falcidiam Cap. VIII. §. 19. pag. 183.

Grundſatz aus, der Verletzte ſoll den Preis ſelbſt nach ſeiner Willkühr beſtimmen, wenn ihm ein Anderer die Herausgabe ſeiner Sache hartnäckig vorenthält, oder ihn boshaft um das Seinige gebracht hat, wenn er ſich nur den Werth zu beſchwören getraut. **Marcellus** ſagt ausdrücklich *L.* 8. *D. h. t.*

Non eſt aequum pretio (id eſt, quanti res eſt) litem aeſtimari: cum et contumacia punienda ſit; *et arbitrio potius domini rei pretium statuendum ſit, poteſtate petitori in litem iurandi conceſſa.*

Daß dieſer Eid nicht ſchlechterdings an das Intereſſe des Klägers gebunden ſeyn ſoll, lehrt **Paulus** eben ſo deutlich *L.* 2. §. 1. *D. h. t.*

Interdum, *quod interſit agentis*, ſolum aeſtimatur, veluti cum *culpa* non reſtituentis vel non exhibentis punitur: cum vero *dolus* aut *contumacia* non reſtituentis vel non exhibentis, *quanti in litem iuraverit actor.*

Der Maasſtab für die Culpa, wird hier von dem Maasſtabe der Würderung für den dolus und Ungehorſam unverkennbar unterſchieden. Nun kannte aber der Römer nicht nur einen Affectionswerth der Dinge [54]), ſondern er verknüpfte

54) Man ſehe auſſer der *L.* 63. *D. ad L. Falcid.* noch *L.* 54. *D. de Legat. II.* wo geſagt wird: Si cui fundus, centum dignus legatus fuerit, *ſi centum heredi vel cuilibet alii dederit:* uberrimum videtur eſſe legatum, nam alias intereſt legatarii fundum potius habere, quam centum. *Saepe enim confines fundos etiam ſupra iuſtam aeſtimationem intereſt noſtra acquirere.*

knüpfte auch mit der Affection rechtliche Folgen. Die Verletzung derſelben konnte Veranlaſſung zur Wiedereinſetzung in den vorigen Stand geben, und konnte ſelbſt Klagen begründen. Folgende Stellen werden dies alles auſſer Zweifel ſetzen.

L. 35. D. de minorib. Si in emtionem penes ſe collocatam minor adjectione ab alio ſuperetur: implorans in integrum reſtitutionem audietur, ſi eius intereſſe emtam ab eo rem fuiſſe adprobetur; veluti, *quod maiorum eius fuiſſet*: ita tamen, ut id, quod ex licitatione acceſſit, ipſe offerat venditori [55].

L. 6. pr. L. 7. D. de ſervis exportand. Si venditor ab emtore caverit, *ne ſerva manumitteretur*, *neve proſtituatur*, et aliquo facto, contra quam fuerit exceptum, evincatur, aut libera iudicetur, et ex ſtipulatu poena petatur: doli exceptionem quidam obſtaturam putant; SABINUS, non obſtaturam. Sed ratio faciet, ut iure non teneat ſtipulatio, ſi, *ne manumitteretur*, exceptum eſt. — Caeterum ſi, *ne proſtituatur*, exceptum eſt, nulla ratio occurrit, cur poena peti et exigi non debeat, cum et ancillam contumelia adfecerit, *et venditoris affectionem forte, ſimul et verecundiam laeſerit*: etenim alias, remota quoque ſtipulatione, placuit ex vendito eſſe actionem.

Quodſi, *ne poenae cauſa exportaretur ſervus*, convenit, *etiam affectionis ratione recte agetur.*

L. 54.

55) Man ſehe über dieſe Stelle *Ioſ.* FINESTRES Commentar. in Hermogenianum pag. 246. ſeqq.

L. 54. *pr. D. Mandati.* Cum ſervus extero ſe mandat emendum, nullum mandatum eſt. Sed ſi in hoc mandatum interceſſit, *ut ſervus manumitteretur*, nec manumiſerit, et pretium conſequetur dominus, ut venditor, et *affectus ratione mandati agetur* [56]). Finge filium naturalem, vel fratrem eſſe. Placuit enim Prudentioribus, *affectus rationem in bonae ſidei iudiciis habendam.*

Soll alſo bey den Klagen, wo es auf Billigkeit ankommt, auch auf Affection Rückſicht genommen werden, ſo läßt ſich nicht füglich annehmen, daß die Römer bey dem iuramento in litem, bey einem Inſtitute, deſſen Hauptzweck volle Entſchädigung des Verletzten iſt, den Affectionswerth ganz ausgeſchloſſen haben ſollten. Das *iurare in infinitum*, wozu die Geſetze [57]) den Kläger berechtigen, überzeugt uns vom Gegentheile. Dieſe Worte erhalten nur dann erſt einen richtigen Sinn, wenn man damit die Behauptung verbindet, daß auch der Affectionswerth in den Würderungseid aufgenommen werden dürfe [58]). Ueberdem ſagt die *L.* 8. *D. h. t.* ganz allgemein,

56) Die Rechtsgelehrten ſind zwar bey der Erklärung dieſer Stelle ſehr verſchiedener Meinung. Man ſehe *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. POTHIER Pand. Iuſtin. Tom. I. Lib. XVII. Tit. 1. Nr. VII. not. f. et g. DORN cit. Diſſ. §. 33. und DRUMMER in der angef. Theorie §. 14. S. 31. Doch kann Niemand läugnen, daß nach dieſem Geſetz die Affection eine Klage begründen könne.

57) *L. 4. §. 2. D. h. t. L. 68. D. de Rei vindicat.*

58) S. *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. Lib. XII. ad L. 4. D. h. t. pag. 496.

daß beym Schätzungseide der Werth der Sache arbitrio domini zu beſtimmen ſey. Der Einwand, daß es dem Richter unmöglich werde ein Maximum zu beſtimmen, ſobald der Verletzte ſein Würderungsrecht auch auf den Affectionswerth erſtrecken dürfe, kann uns nicht treffen. Denn gerade hier, wo die Willkühr des Klägers leicht die Gränzen einer vernünftigen Affection überſchreiten kann, iſt es nöthig, das richterliche Ermeſſen eintreten zu laſſen. Ueberdem lag die Taxatio iudicis urſprünglich offenbar nicht im Geiſte des Inſtituts. Sie ſcheint ein ſpäterer Nachtrag zu ſeyn, den ſelbſt Ulpian noch nicht für unbezweifelt anſahe, und ihn deshalb durch Gründe zu rechtfertigen ſuchte. Man erwäge nur folgende Worte: Iurare autem in infinitum licet, ſagt Ulpian *L.* 4. §. 2. *D. h. t.* Dies iſt alſo Grundſatz beym Würderungseide. Nun wirft dieſer römiſche Juriſt die Frage auf: Sed an iudex modum iuriiurando ſtatuere poſſit, ut intra certam quantitatem iuretur, ne, arrepta occaſione, in immenſum iuretur, quaero? Et quidem in arbitrio eſſe iudicis, deferre iusiurandum, nec ne, conſtat. An igitur, qui poſſit iusiurandum non deferre, idem poſſit et taxationem iuriiurando adiicere, quaeritur? *Arbitrio tamen bonae fidei iudicis etiam hoc congruit.* So ward alſo ein Theil des Würderungsrechts dem Richter zurückgegeben, um Willkühr durch Willkühr zu beſchränken, und er übt dies Recht aus, indem er nicht nur bey der Würderung des Klägers luxuriam et delicias von iuſtis affectionibus unterſcheidet, wie ſich Ulpian an einem andern Orte [59]) ausdrückt, ſondern auch der iuſtae affectioni,

59) *L. 16. D. de manumiſſ. vindicta.*

ctioni, durch Beſtimmung eines Maximum, nach den Umſtänden, ein gewiſſes Ziel ſetzt. Dies bringt die richterliche Billigkeit mit ſich. Wollte man hingegen zum alleinigen Maasſtabe blos das Intereſſe des Klägers annehmen, wo ſollte nun der Richter die Gränze abſtecken, ohne entweder in das Rechtsgebiet des Verletzten einzugreifen, oder dem Schwörenden ein Recht zu geben, das dieſer zu benutzen nicht befugt wäre? Ich glaube daher nicht ohne Grund die Meinung des großen Duarens [60]) unterſchreiben zu dürfen, wenn dieſer ſagt: *Iusiurandum in litem ſibi videri ſic ad iurantis utilitatem referendum, ut ipſius quoque affectio nunnunquom attendenda ſit. Nam, ut aliorum argumenta praetermittam, quod dicitur, in venditione pretium rei arbitrio domini ſtatuendum eſſe, dubium non eſt, quin generaliter accipiendum ſit, adeo ut ſi rem a domino emere volens, praeter iuſtum et commune pretium grandem et pecuniam offerat, ad compenſandum id, quod intereſt ipſius, re ſua non carere, affectioni venditoris nihilominus indulgendum ſit, quae quidem in equis, canibus, rebusque aliis non ita valde neceſſariis, aut utilibus, immodica plerumque conſpicitur; ac qui modus eſt in his rebus cupiditatis*, (ut ait CICERO) *id et aeſtimationis eſſe ſolet. Nihil etenim iure cautum reperitur, quo libertas ea in rerum venditionibus minuatur reſtringaturve. Quod cum ita ſit, idem in hoc iureiurando utique obſervabitur: niſi forte quatenus Iudex nimiam illam iurantis affectionem, taxatione adiecta, moderandam eſſe arbitratus fuerit.*

Aus allem erhellet alſo ſoviel, daß es ein iusiurandum in litem *affectionis* und *veritatis* giebt, einen Würderungs-

60) Comm. ad h. Tit. Dig. nr. 8. *Operum* pag. 217.

derungseid, der bald den Affectionswerth, bald blos das eigentliche Intereſſe, und zwar entweder das gemeine oder ſinguläre geltend macht. Hellfeld verwirft zwar dieſe Eintheilung, und nimmt blos den Affectionseid, als die einzige wahre Gattung des Würderungseides, an. Das *iuramentum in litem veritatis* hält er für eine Art des Erfüllungseides, auf welches dann zu erkennen ſey, wenn die Forderung des Klägers an ſich ihre Richtigkeit habe, und nur lediglich über die Größe derſelben oder die eigentliche Summe geſtritten wird, wie er ſich darüber §. 818. näher erklärt hat. Auch Anton Faber [61]) nimmt durchaus kein iuramentum *veritatis* an, und Caspar Schifordegher [62]) ſucht beſonders dieſe Meinung gegen die Einwürfe einiger Antagoniſten des Fabers zu rechtfertigen. Neuere Rechtsgelehrten [63]) läugnen hingegen, daß es ein iuramentum in litem *affectionis* gebe. Sie nehmen nur ein iuramentum in litem an, welches aber weder den Beyſatz *veritatis* vertrage, weil es die Ausmittelung des gemeinen Werths einer Sache nie unmittelbar bezwecke; noch den Beyſatz *affectionis*, inſofern man hierunter einen durch bloße individuelle Neigung begründeten, und auſſerhalb der Spähre des geſetzlichen Begriffs von Intereſſe liegenden Werth verſtehe. Allein die meiſten, auch neuern Rechtsgelehrten [64]), vertheidigen die angeführte Eintheilung.

61) Coniectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 13.

62) Ad *Anton.* FABRUM Lib. I. Tract. 24. Qu. 7.

63) WIRSCHINGER im angef. Verſuche §. 82. vergl. mit §. 66. u. 68. und DRUMMER in der angef. Theorie §. 14. und §. 18.

64 *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. et 2. *Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaeſt. Lib. I. cap. 45. *Hug.* DONELLUS Commentar.

lung. Sie ſind nur darin von einander abweichend, worin der eigentliche Grund dieſer Eintheilung beruhe. Die meiſten ſuchen ihn in den Vorausſetzungen, unter welchen die Geſetze überhaupt in litem ſchwören laſſen. Sie ſagen, der Affectionseid ſetze immer einen dolus oder culpa lata voraus; das iuramentum in litem veritatis aber habe auch wegen geringerer Verſehen Statt, wenn es dem Kläger an andern Beweiſen fehle. Hier ſey alſo der Schätzungseid nur ein ſubſidiariſches Beweismittel. Man ſagt ferner, der Affectionseid werde auch über das Duplum des wahren Werthes geſtattet, aber nicht der Würderungseid des bloßen Intereſſe; hier dürfe die in der *L. un. Cod. de ſentent, quae pro eo, quod intereſt, prof.* geſetzlich beſtimmte Größe nicht überſchritten werden [65]). Die folgenden Paragraphen werden mir Gelegenheit geben, dieſe Meinungen näher zu prüfen. Hier bemerke ich nur noch,

5) daß es in Rückſicht des ſtreitigen Objects Bedingung ſey, daß der Preis deſſelben einer Beſtimmung durch Würderung bedürfe. Iſt alſo dieſer Gegenſtand von der Art, daß deſſelben Preis ein für allemal fixirt

 ſteht,

mentar. iuris civ. Lib. XXVI. cap. 6. *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſar. Dec. XLI. Th. 1. ſqq. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 6. *Chr. Wilh.* WEHRN Doctr. iuris explicatrix principior. et cauſarum damni praeſt. Cap. VI. §. 65. MALBLANC Princip. iuris Rom. Tom. II. §. 484. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4534. und THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1166.

65) S. DONELLUS c. l. cap. II. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand h. t. §. 20. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. h. t. §. 67 not. ξ.

ſteht, wie z. B. beym Gelde in gemeinen Sorten, ſo findet hier der Würderungseid nicht Statt. **Ulpian** ſagt dies *L.* 3. *D. h. t.* ausdrücklich:

Nummis depoſitis, iudicem non oportet in litem iusiurandum deferre, ut iuret quisque, quod ſua interfuit: *cum certa ſit nummorum aeſtimatio.*

Es iſt jedoch auch hier der Fall auszunehmen, wenn ein ſinguläres noch unbeſtimmtes Intereſſe des Klägers vorhanden wäre. Z. B. wenn der Deponent einen beſondern Schaden dabey leidet, daß er eine deponirte Geldſumme nicht zur gehörigen Zeit zurück erhalten kann. Daß alsdann auch bey dem Depoſitum einer beſtimmten Geldſumme der Würderungseid zuläſſig ſey, ſagt **Ulpian** ebenfalls am angeführten Ort, in den Worten:

Niſi forte de eo quis iuret, quod ſua interfuit, *nummos ſibi ſua die redditos eſſe.* Quid enim, ſi ſub poena pecuniam debuit, aut ſub pignore, quod, quia depoſita ei pecunia abnegata eſt, diſtractum eſt [66])?

Das Nämliche gilt auch von andern fungiblen Sachen [67]). Sonſt mag das Object immerhin eine körperliche oder unkörperliche [68]), eine bewegliche oder unbewegliche Sache ſeyn [69])

In

66) S. Müllers Verſuch über den Schätzungseid. §. 11.

67) DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XXVI. cap. 9.

68) *L. 7. D. Si ſervit. vindicet.*

69) LAUTERBACH Colleg. Pand. theor. pract. h. t. §. 16. WESTENBERG Princip. iuris ſec. ord. Dig. h. t. §. 9. MÜLLER ad *Struvium* h. t. §. 63. not. *a*. WIRSCHINGER §. 81. DRUMMER §. 30.

In Anſehung der unbeweglichen Sachen ſind zwar mehrere Rechtsgelehrten [70]) anderer Meinung. Das Geſetz, worauf ſie ſich berufen, iſt die *L.* 48. §. 1. *D. Locati cond.* wo **Marcellus** ſagt: Qui ſervum conductum vel aliam rem non immobilem non reſtituit, quanti in litem iuratum fuerit, damnabitur. Nun läßt ſich zwar nicht läugnen, daß bey unbeweglichen Sachen ihrer Natur nach der Würderungseid aus dem Grunde größtentheils wegfällt, weil hier die Reſtitution des Objects an den Kläger durch die executive Gewalt der Juſtiz ſehr leicht erzwungen werden kann. Allein ſind denn dadurch auch ſchon die entzogenen Utilitäten deſſelben reſtituirt? Nun ſoll ja nach *L.* 68. *D. de rei vindicat.* der Beſitzer auch die Früchte vergüten, und omnis cauſae nomine verurtheilt werden [71]). Wegen ſolcher Nebenemolumente kann alſo allerdings der Würderungseid Statt finden. Zuweilen aber auch wegen der Sache ſelbſt. Man ſetze, es habe Jemand das Gebäude boshaft in Brand geſteckt. Dieſem iſt auch das angeführte Fragment nicht entgegen. Zwar wage ich es nicht, die Worte *non immobilem* mit **Thibaut** [72]) geradezu wegzuwerffen, welches mir darum bedenklich zu ſeyn ſcheint, weil die F l o r e n t i n e ſie hat, und auch die Baſili-

70) *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad L. 48. §. 1. D. locati. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 290. THOMASIUS in Diſſ. de pretio affectionis etc. Cap. III. §. 33. und WALCH Introduct. in controverſ. iuris civ. pag. 766.

71) Was *omnis cauſa* heißt, iſt ſchon an einem andern Orte erklärt worden. S. den 8. Theil dieſes C o m m e n t a r s §. 588.

72) Syſt. d. P. R. 3. B. §. 1166. not. h. pag. 90.

ſiliken[73]) dieſe Leſeart beſtärken, nicht minder die meiſten und beſten Ausgaben, z. B. die Haloandriniſche, die des Baudoza, des Hugo a Porta und mehrere andere hierin übereinſtimmen. Dagegen dünkt mir der Grund zu ſchwach zu ſeyn, daß jene Worte in einigen Manuſcripten fehlen, ob ich dieſes gleich von unſerm Erlangiſchen Pandecten-Manuſcript ſelbſt bezeugen muß. Allein man kann der Schwierigkeit abhelfen, ohne zu dieſer violenten Critic ſchreiten zu dürfen. Mag doch immerhin die *L.* 48. von beweglichen Sachen reden; es folgt ja daraus noch nicht, daß deswegen bey unbeweglichen Sachen der Schätzungseid auszuſchließen ſey [74]). Wenn Marcian *L.* 16. §. 3. *D. de pignor.* lehrt, daß bey der hypothekariſchen Klage der Würderungseid eben ſo, wie bey den übrigen dinglichen Klagen, Statt habe, ſo führt er ſowohl vorher, als nachher meiſt lauter Beyſpiele von verpfändeten Grundſtücken an. Man vergleiche §. 2. *et* §. 4. dieſes Fragments. Merkwürdig iſt inſonderheit, was Marcian §. 4. ſagt:

Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex: ut ex quo lis inchoata ſit, ex eo tempore etiam fructibus

73) Tom. II. Lib. XX. Tit. 1. Conſt. 47. pag. 433. Ὁ μισθωσάμενος κινητὸν, ἢ αυτοκίνητον, καὶ μὴ ἀποδιδοὺς ἀυτὸ, τῷ ἐνθίκῳ ὅρκῳ ὑπόκειται. i. e. *Qui rem mobilem, vel ſe moventem conduxit, nec reſtituit, iuriiurando in litem ſubiicitur.*

74) Mit Recht ſagt LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 16. *L. 48. cit. nihil aliud dici, quam quod contra illum, qui ſervum vel aliam rem non immobilem reſtituit, in litem iurari poſſit; unde non ſequitur, quod non idem dicendum de re immobili. Argumentum a contrario ſenſu contra alios textus generales nnn procedit.*“

ctibus condemnet. Quid enim, *ſi minoris ſit praedium*, quam debetur? nam de antecedentibus fructibus nihil poteſt pronunciare, niſi extent, et res non ſufficit.

Wer ſollte alſo nun noch die Zuläßigkeit des Würderungseides bey unbeweglichen Sachen bezweifeln?

§. 814.

Iſt der Würderungseid nur ein ſubſidiariſches Beweismittel? Wer wird zu dieſem Eide zugelaſſen? Iſt der Kläger den ihm zuerkannten Eid zu ſchwören ſchuldig?

Ob der Schätzungseid als ein blos ſubſidiariſches Mittel anzuſehen, und daher nur dann zuläßig ſey, wenn der Kläger den Werth des ſtreitigen Gegenſtandes nicht auf andere Art beweiſen könne, iſt ſehr ſtreitig.

Hellfeld ſtellt den Satz auf: *Iuramentum in litem eſt remedium ſubſidiarium. Hinc in eo ſolum caſu locum habet, ſi aeſtimatio aliunde per teſtes, arte peritos, vel ex officio haberi nequeat.*

THIBAUT [75]) hingegen läugnet, daß man dieſen Eid als ſubſidiariſch betrachten könne. Nur gegen den, welcher geringere Verſehen begieng, müſſe der Schaden, wo möglich, erwieſen werden. Kann dieſes nicht geſchehen, ſo ſey der Verletzte ſubſidiariſch auch zum Schätzungseide zu laſſen, aber auf allen Fall nur, um ſein gemeines Intereſſe zu beſchwören.

Drummer [76]) verwirft beyde Meinungen, und hat ſie ausführlich zu widerlegen geſucht. Nach ſeiner neuen An-

75) Syſt. des P. R. 3. B. §. 1166.

76) Theorie des Würderungseides §. 20.

Anſicht iſt und kann der Würderungseid auf keinen Fall ſubſidiariſch ſeyn. Denn er iſt ihm kein Beweismittel, ſondern eine Gattung des Calumnieneides.

Soviel iſt wohl gewiß, daß die Geſetze den Grundſatz, den Hellfeld aufſtellt, nicht kennen. Es iſt vielmehr leicht zu beweiſen, daß er den Geſetzen und der Natur des Eides zuwider ſey. Denn offenbar könnte doch durch die ordentlichen Beweismittel nur der wahre Werth der Sache dargethan werden. Allein die Geſetze ſagen, der Kläger könne durch dieſen Eid die Sache auch *ultra rei pretium* würdern [77]). Ja ſie halten es nicht einmal für billig, daß der Beklagte, welcher aus Ungehorſam dem Kläger die ihm gehörige Sache nicht herausgeben will, blos den gemeinen Werth erſetze, wenn dieſer auch bewieſen werden könnte. Um den Ungehorſam zu beſtrafen, müſſe man es vielmehr dem Kläger anheim ſtellen, den Werth nach ſeiner Willkühr zu beſtimmen, ſo hoch er ſich denſelben zu beſchwören getraut. Non eſt aequum ſagt *L.* 8. *D. h. t.* pretio (id eſt, quanti res eſt) litem aeſtimari; cum et contumacia punienda ſit; et *arbitrio potius domini rei pretium ſtatuendum ſit, poteſtate petitori in litem iurandi conceſſa.* Und die *L.* 9. *D. de act. rer. amotar.* giebt davon den Grund an: Non enim aequum eſt, invitum ſuo pretio res ſuas vendere; welcher in der *L.* 70. *D. de Rei-vindicat* noch weiter dadurch motivirt wird: ne in poteſtate cuiusque ſit, per rapinam ab invito domino rem iuſto pretio comparare. Erwägt man nun noch inſonderheit, daß nach Hellfelds Idee der Würderungs-

77) *L.* 1. *D. h. t.* Res ex contumacia aeſtimatur ultra rei pretium.

derungseid ein bloßer Affectionseid iſt, ſo erſcheint ſein ganzer Satz als offenbar ungereimt. Denn wie kann Affection, als etwas ſchlechterdings Subjectives, durch andere Beweismittel, als durch den Eid, dargethan werden? Es iſt wenigſtens immer ein auffallender Pleonasmus, die Zuläßigkeit des Würderungseides durch den Fall des unmöglichen Gegentheils zu bedingen. Um jedoch die Hypotheſe der Hellfeldiſchen Subſidiarität vollends zu zernichten, füge ich noch einen Beweis aus *L.* 60. §. 1. *D. ad L. falcid.* hinzu, wo geſagt wird: Legato petito, *cum in litem iuratum eſt*, ratio Legis Falcidiae non eius ſummae, *in quam legatarius iuravit*, ſed eius, *quanti revera id fuit, quod petitum eſt*; nam id, quod poenae cauſa adcrevit, in Legem Falcidiam non incidit. Hier wird doch nun deutlich genug der beſchworne Werth von dem wahren Werthe unterſchieden, der bey der Berechnung der Falcidie zum Grunde gelegt werden ſoll. Alſo muß dieſer doch auch da zu beſtimmen geweſen ſeyn, wo gleichwohl der Legatar wegen des Ungehorſams des Erben zum Würderungseide gelaſſen wurde.

Erwieſen wäre alſo, daß der Schätzungseid kein blos ſubſidiariſches Beweismittel ſey, indem vielmehr das dem Kläger eingeräumte Recht der eigenen eidlichen Würderung des ſtreitigen Objects als Strafe für den Dolus oder den Ungehorſam des Beklagten angeſehen wird.

Allein ſollte es deswegen nicht Fälle geben, wo dieſer Eid doch nur ſubſidiariſch zugelaſſen wird? Ich glaube, daran läßt ſich nicht zweifeln, ſo ſehr auch DRUMMER dagegen ſtreitet. Denn man erwäge nur, was Ulpian *L.* 4. §. 3. *D. h. t.* ſagt:

Item

Item videndum, an poſſit iudex, qui detulit iusiurandum, non ſequi id: ſed vel prorſus abſolvere, *vel etiam minoris condemnare, quám iuratum eſt*? Et magis eſt, ut ex magna cauſa, et *poſtea repertis probationibus* poſſit.

Kann nun der Richter nach bereits abgelegtem Würderungseide, wegen nachher gefundener Beweiſe, das beschworne Quantum mindern, ſo hätte wohl, wenn dieſe Beweiſe vor Ablegung des Eides vorhanden geweſen wären, der Eid ſchwerlich vom Richter erkannt werden können. Zwar bin ich davon lebhaft überzeugt, daß, wenn Ungehorſam des Beklagten in der Reſtitution des ſtreitigen Gegenſtandes dem Kläger das Recht gab, den Werth deſſelben nach ſeiner Willkühr und Affection zu beſtimmen, gegen den einmal abgeleiſteten Eid kein Gegenbeweis zuläßig ſey, weil hier klare Geſetze dem Kläger erlauben, auch über den wahren Werth zu würdern [78]). Allein daß dieſes nicht der einzige Fall ſey, in welchem der Würderungseid Statt findet, iſt ſchon oben gezeigt worden. Es giebt Fälle, wo der Kläger durch den Würderungseid nur den gemeinen Werth, oder das gemeine Intereſſe beschwören darf; oder wo der Kläger darum zum Würderungseide gelaſſen wird, weil der Abgang der ordentlichen Beweismittel durch den Dolus des Beklagten verurſacht worden iſt.

78) Es kommt hier noch der Grund in Betrachtung, daß ein Contumax, wegen neu gefundener Beweiſe, eben ſo wenig contra rem iudicatam reſtituirt werden kann, als ihm gegen eine ſolche Sentenz die Appellation geſtattet wird. *L. 13. §. 4. C. de iudic. L. 1. Cod. Quorum appellat. L. 73. §. 3. D. de iudiciis.*

iſt. In ſolchen Fällen iſt doch wohl unſtreitig der Würderungseid als ein bloß ſubſidiariſches Beweismittel anzuſehen. **Marcian** läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L.* 5. §. 4. *D. h. t.* ſagt:

Plane interdum et in actione ſtricti iudicii in litem iurandum eſt; veluti, ſi promiſſor Stichi moram fecerit, et Stichus deceſſerit, *quia iudex aeſtimare, ſine relatione* (i. e. delatione) *iurisiurandi, non poteſt rem, quae non extat.*

Es iſt hier von einem ſolchen Falle die Rede, wo nach der Natur der Klage nur der gemeine Werth zum Maasſtabe angenommen werden konnte, wie bereits oben (S. 425.) näher gezeigt worden iſt. Hier ſoll nun der Würderungseid ausnahmsweiſe darum zugelaſſen werden, weil ohne denſelben der Richter die Sache nicht ſchätzen kann, die nicht mehr iſt. Wird hierdurch der Eid der Würderung nicht ausdrücklich als ein ſubſidiariſcher Eid erklärt? Man wendet zwar dagegen ein, daß hier nicht ſowohl der Würderungseid, als vielmehr das Würderungsrecht ſubſidiariſch ſey, und folglich die ſubſidiariſche Natur des Eides nichts anders, als der bloße Reflex der ſubſidiariſchen Natur des Würderungsrechtes ſey [79]). Allein man betrachte nur die Worte des Geſetzes näher, um ſich zu überzeugen, daß von dem Würderungseide ſelbſt die Rede ſey, nicht zu gedenken, daß ſich ja kein Würderungseid, ohne ein Würderungsrecht, gedenken läßt.

Hieraus iſt nun auch die Frage zu entſcheiden, ob der Richter dem Kläger die Befugniß der Würderung vorenthalten,

79) S. DRUMMER in der angef. Theorie §. 21. S. 55. f.

halten, ſomit denſelben vom Eide der Würderung ausſchlieſsen könne? Dieſe Frage iſt zu verneinen, wenn die geſetzlichen Vorausſetzungen vorhanden ſind, unter welchen es dem Kläger erlaubt iſt, den Werth ſeiner Sache nach ſeiner Willkühr zu beſtimmen. Hier mag der Richter ſchätzen können, oder nicht; der Kläger mag den Werth der Sache auf andere Art beweiſen können, oder nicht; immer bleibt es der Willkühr des letztern anheim geſtellt, ſich des Eides der Würderung zu bedienen. Unbedingt räumt dieſe Befugniß die oben wörtlich angeführte *L. 8. D. h. t.* dem Kläger ein. Auf dieſen Fall können alſo die Worte Ulpians *L. 4. §. 2. D. h. t.* Et quidem in arbitrio eſſe judicis, deferre iusiurandum, nec ne, nicht gezogen werden [80]). Denn der Richter iſt nie befugt, einer Parthey Eigenthum wider ihren Willen zu verkaufen. Wo es hingegen bloß auf die Ausmittelung des gemeinen Intereſſe ankommt, und der Würderungseid alſo nur ein ſubſidiariſches Beweismittel iſt, da hängt es von dem richterlichen Ermeſſen ab, ob und in wiefern er den Eid für nothwendig hält. Er kann ihn daher auch abſchlagen, wenn ſich der Schade auf andere Art taxiren läßt.

In Rückſicht desjenigen, welcher zum Würderungseide zugelaſſen zu werden verlangt, iſt zu bemerken, daß nur der Beſchädigte, welchem das Würderungsrecht zuſteht, wodurch das iuramentum in litem bedingt iſt, zu dieſem Eide gelaſſen wird; und zwar muß der Kläger in eigenem Namen ſein Recht verfolgen, er ſey dann Eigenthümer, oder nicht [81]). Denn auch der Pfandgläubiger wird

80) S. VINNIUS Select. iuris Quaeſtion. Lib. I. cap. 45.

81) *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XVI. cap. 15. irrt offenbar, wenn er behauptet, daß nur der Eigenthümer zum Würde-

wird zum iuramento in litem gelaſſen, wenn der Beſitzer des Pfandes entweder die Herausgabe deſſelben hartnäckig verweigert, oder das Pfand argliſtig zu beſitzen aufgehört hat. Ein bloßer Procurator hingegen, wofern er nicht in rem ſuam vor Gericht handelt [82]), wird nicht zu dieſem Eide zugelaſſen, wenn er auch mit einer Specialvollmacht verſehen wäre [83]), weil es hier der Würderung eines eigenen und individuellen Intereſſe des Klägers gilt [84]). Ganz deutlich ſprechen dieſes folgende Geſetze aus.

L. 7 *D. h. t.* Vulgo praeſumitur, alium in litem non debere iurare, quam *dominum litis* [85]). Denique [86]) PAPINIA-

Würderungseide gelaſſen werde. Ihn hat deshalb ausführlich widerlegt BACHOV in Tr. de Actionib. Diſput. VII. Th. 16. pag. 74. ſq. Man ſehe auch Müllers Verſuch über den Schätzungseid. §. 5.

82) *L.* 13. *§.* 1. *D. de pact.* *L.* 25. *D. de procurat.* S. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Ex. XVII. Th. 61. not. ε.

83) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 3.

84) S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 292. Nach dem Gerichtsgebrauche kann jedoch ein Sachwalter den Würderungseid in die Seele ſeines Principals ablegen. S. MÜLLER ad *Struvium* c. l. *de* COCCEJI c. l. und Müller a. a. O.

85) i. e. ad quem lis ea pertinet, ſive per ſe, ſive per procuratorem in lite ſubſtiterit. S. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

86) Das Wort *denique* ſoll hier eine Folge aus dem Vorhergehenden bezeichnen. Es iſt ſoviel als *Ideo*; in welcher Bedeutung es ſchon mehrmalen vorgekommen iſt. S. den 11. Th. dieſes Commentars §. 743. Not. 35. S. 212.

PINIANUS ait, alium non poſſe iurare, quam eum, *qui litem ſuo nomine conteſtatus eſt* [87]).

L. 16. *§.* 3. *D. de pignorib. et hypoth.* In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum eſt, poſſideat is, cum quo actum eſt? Nam ſi non poſſideat, nec dolo fecerit, quo minus poſſideat, abſolvi debet. — *Sin vero dolo quidem deſiit poſſidere, ſumma autem ope niſus, non poſſit rem ipſam reſtituere; tanti condemnabitur, quanti actor in litem iuraverit; ſicut in caeteris in rem actionibus* [88]). Nam ſi tanti condemnatus eſſet, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, cum et in perſonam agendo idem conſequeretur.

Es iſt merkwürdig, daß auch ein Dieb und Räuber zu dem Würderungseide zugelaſſen wird, wenn er die geſtohlne oder geraubte Sache einem Dritten geliehen, oder in Verwahrung gegeben hat, ſofern ihm die Sache durch den Dolus des Dritten nicht reſtituirt wird. Denn daß auch einem Diebe oder Räuber die actio depoſiti oder com-

87) Durch dieſe Worte giebt Ulpian deutlich zu erkennen, daß Procuratoren, wenn ſie auch nach dem röm. Recht als domini litis betrachtet werden, dennoch von dem Würderungseide ausgeſchloſſen ſeyn ſollen. *Non enim ſuo, ſed domini mandantis nomine litem conteſtantur*, wie VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 3. hier ganz richtig bemerkt. In den *Baſilicis* Tom. III. pag. 205. Conſt. 7. heißt es: Μόνος ὁ ἠδίω ὀνόματι ἐναγαγὼν, ὄμνυσι τὸν ἔνδικον ὅρκον. i. e. *Solus in litem iurat, qui ſuo nomine agit.*

88) Was der Gläubiger über den wahren Werth der Sache erhalten hat, giebt er, ſo weit es über die Forderung hinausgeht, dem Schuldner heraus. *L.* 21. *§.* 3. *D. de pignorib.* S. Weſtphals Pfandrecht. §. 267. Not. 297. S. 387.

commodati in dieſem Falle zuſtehe, iſt bekannt [89]). Nun paßt zwar hier der Grund nicht, aus welchem ſonſt wegen verweigerter Reſtitution des ſtreitigen Gegenſtandes dem Kläger der Würderungseid geſtattet wird: *Quia invitis nobis res noſtras alius retinere non debeat* [90]); oder wie **Paulus** ſagt [91]: *Non enim aequum eſt, invitum ſuo pretio res ſuas vendere.* Allein weil doch der Dieb dem Eigenthümer verantwortlich bleibt, und daher auch ihm daran liegt, den höchſt möglichen Werth der Sache zu erhalten, den der Eigenthümer fordern könnte [92]); überdem die von Seiten des Beklagten gebrochene Treue in den Augen der Geſetze darum nicht minder ſtrafwürdig erſcheint, weil die Sache eine geſtohlne iſt: *Nemo enim ex alieni delicti cauſa novam et propriam delinquendi occaſionem capere debet* [93]); ſo läßt ſich nun jenes Problem wohl auflöſen, welches in den Worten **Ulpians** zu liegen ſcheint, wenn er *L. 64. pr. D. de iudiciis* ſagt:

Non a iudice doli aeſtimatio ex eo, quod intereſt, fit, ſed ex eo, *quod in litem iuratur. Denique et praedoni depoſiti et commodati ob eam cauſam competere actionem, non dubitatur.*

Ff 2 Uebri-

89) *L. 1. §. 39. D. depoſiti. L. 16. D. Commodati.*

90) *L. 25. §. 1. D. Soluto matrim.*

91) *L. 9. D. de act. rer. amotar.*

92) *L. 1. §. 39. D. depoſiti* führt den Grund ſelbſt an: *nam intereſt eorum, eo quod teneantur.*

93) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 64. pr. D. de iudiciis und POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. I. not. b. pag. 361.

Uebrigens wird nun freylich vorausgeſetzt, daß der Kläger, welcher zu dieſem Eide zugelaſſen werden will, überhaupt auch fähig ſey, einen gerichtlichen Eid zu ſchwören. Daher wird ein Unmündiger nicht zu dieſem Eide gelaſſen. Jedoch kann der Vormund, wenn er will, für ſeinen Mündel ſchwören, nämlich ſofern er Kenntniß von dem ſtreitigen Gegenſtande hat. *Nam tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem, domini loco haberi debet*, ſagt Paulus *L.* 27. *D. de adminiſtrat. tutor.* Es verſteht ſich aber, daß der ſchwörende Vormund nicht ſein eigenes, ſondern das Intereſſe ſeines Mündels, zum Maasſtabe nimmt. Eben dieſes gilt auch von andern Curatoren, wegen der übernommenen Pflicht, das Vermögen ihrer Pflegbefohlnen zu erhalten. Der Vormund darf alſo ſchwören, wird aber nicht dazu gezwungen. Die Mutter des Pupillen hingegen kann nicht für ihn ſchwören, wenn ſie gleich dazu bereitwillig wäre. Iſt ſie aber nicht wenigſtens alsdann zuzulaſſen, wenn ſie Vormünderin iſt? Voet [94]) läugnet dieſes aus dem Grunde, damit ſie nicht aus allzugroßer Liebe zu ihren Kindern einen Meineid zu begehen veranlaßt werden möge. Ihm ſtimmt auch Wirſchinger [95]) bey. Allein als Vormünderin hat die Mutter gleiche Rechte mit andern Vormündern, und kein Geſetz ſchließt ſie in dieſem Falle aus [96]). Ein Minderjähriger kann ſelbſt ſchwö-

94) Comment. ad Pand. h. t. §. 3.

95) Verſuch einer neuen Theorie über das I. i. l. §. 75. S. 139. not. c.

96) S. *Io. Balth.* L. B. *a* WERNHER Select. Obſervation. for. Tom. I. P. IV. Obſ. 151. num. 325. ſqq. *Io. Henr.* BERGERI Reſolution. Legg. obſtant. h. t. Qu. 1. *de* COCCEJI iur. civ. con-

ſchwören, ſobald er mündig iſt. Dies alles faßt folgende Stelle Ulpians zuſammen.

L. 4 pr. D. h. t. Videamus in tutelari cauſa, quis iurare et adverſus quem poſſit? Et quidem ipſe pupillus, ſi impubes eſt, non poteſt: hoc enim ſaepiſſime reſcriptum eſt. Sed nec tutorem cogendum, vel matrem pupilli admittendam, etſi parata eſſet iurare, Divi Fratres reſcripſerunt [97]). Grave enim videbatur,

 et

controv. h. t. Qu. 2. *Io. Ulr.* CRAMER Diſſ. de iuramento in litem affectionis et veritatis. §. 73. et 74. und beſonders *Conr. Wilh.* STRECKER Diſſ. de iuramento in litem et inprimis, quod pro pupillo mater eius ad iurandum in litem etiam admittenda ſit. *Erfordiae 1724.* §. 13.

97) Dieſe Stelle redet freylich ganz allgemein. Allein man bedenke den wahren Grund, warum die Mutter nach dieſer Stelle nicht für ihr unmündiges Kind ſchwören ſollte. Dieſer war theils, weil ſie nicht als domina litis betrachtet werden konnte, theils weil ſie zu Ulpians Zeiten auch noch von der Vormundſchaft ihrer Kinder ausgeſchloſſen war. *L. 1. Cod. Quando mulier tutoris off. fungi.* Denn zu dieſen Zeiten ſtanden Frauensperſonen ſelbſt noch unter einer perpetuirlichen Vormundſchaft. S. ULPIANI *Fragm. Tit. XI.* §. 24. (bey SCHULTING in Iurisprud. Antejuſt. pag. 602.) Dieſe hörte erſt in ſpätern Zeiten auf, und durch die Verordnungen der Kaiſer Valentinianus, Theodoſius und Juſtinian wurde ausnahmsweiſe einer Mutter erlaubt, die Vormundſchaft über ihre Kinder zu führen. *L. 2. C. eodem. Nov. 94.* und *Nov. 118. cap. 5.* Daher ſind die *L. 16.* und *L. ult. D. de tutelis* unſtreitig von Tribonian interpolirt, wie *Ioſ.* FINESTRES in Hermogeniano Lib. II. ad L. 10. D. de legitim. tutorib. §. 6. pag. 547. gegen Bynkershök gezeigt hat. WEHRN in Doctr. iuris explicatr. principior. damni praeſtandi §. 65. pag. 413. be=

et ignorantes, et invitos tutores, ſub alieni compendii emolumento, etiam periurium anceps ſubire. Curatores quoque pupilli vel adoleſcentis non eſſe cogendos in litem iurare, reſcriptis Imperatoris noſtri et D. Patris eius continetur. Si tamen tantam affectionem pupillo ſuo, vel adoleſcenti tutores vel curatores praeſtare volunt, auctoritas iuris non refragabitur, quin iudicio, quod inter ipſos acceptum eſt, finis eiusmodi poſſit adhiberi: non enim ad ſuam utilitatem iurisiurandi referenda aeſtimatio eſt, ſed ad domini, cuius nomine tutelae ratio poſtuletur. Adoleſcens vero, ſi velit, iurare poteſt.

Nach der Analogie dieſes Geſetzes kann auch der Vater für ſeine noch unter väterlicher Gewalt ſtehenden Kinder das iuramentum in litem ſchwören, wenn die Sache das Peculium derſelben betrifft. Denn verwaltet der Vater das Peculium der Kinder vermöge der väterlichen Gewalt, ſo kann er nach der Verordnung des Kaiſers Conſtantin [98]) vor Gericht in eigenem Namen, und auf eine ſolche Art handeln, tanquam ſolidum perfectumque dominium ei adquiſitum fuiſſet. Wenn er es aber auch nur als geſetzlicher Curator verwaltet, ſo kann er wegen der ihm in dieſer Eigenſchaft obliegenden Pflicht, das Vermögen der Kin-

behauptet, daß heutzutage eine Mutter, auch wenn ſie nicht Vormünderin iſt, für ihre unmündige Kinder ſchwören könne, wenn ſie mehr Kenntniß von dem ſtreitigen Gegenſtande hat, als der Vormund.

98) *L. 1. Cod. de bonis matern.* Man vergleiche auch *L. 8. Cod. de bonis, quae liberis.*

Kinder im Stande zu erhalten, ſo gut, wie jeder anderer Curator, in litem ſchwören 99).

Daß dem Erben, ſo gut, wie ſeinem Erblaſſer, den er repräſentirt, das Recht der eidlichen Würderung zuſtehe, leidet keinen Zweifel. Geſchahe die Beſchädigung ſogar erſt nach angetretener Erbſchaft, ſo tritt der Erbe im volleſten Sinn als dominus auf, und macht nun, als ſolcher, ſein Würderungsrecht durch das iuramentum in litem geltend 100).

Da übrigens der Würderungseid als eine Rechtsbegünſtigung des Klägers anzuſehen iſt, ſo iſt derſelbe nicht ſchlechterdings verbunden, den Eid, wenn ihm der Richter ſolchen zuerkennt, zu ſchwören, ſondern er kann auch die Schätzung des Schadens blos dem richterlichen Ermeſſen überlaſſen, wenn gleich das Urtheil, wodurch dem Kläger der Eid iſt auferlegt worden, ſchon in die Rechtskraft übergegangen wäre. Es müſſen nur dem Richter in ſol-

 chem

99) S. WEHRN Doctr. iuris explicatrix principior. et cauſarum damni praeſtandi §. 65. pag. 412. und BERGER Oeconom. iuris. Lib. IV. Tit. 25. §. 3. Not. 6.

100) S. WERNHER ſelect. Obſervat. for. Tom. I. P. IV. Obſ. 151. nr. 316. *Mich. Godofr.* WERNHER lectiſſ. Commentat. in Pandect. h. t. §. 6. WEHRN a. a. O. S. 413. und WIRSCHINGER in dem angef. Verſuche. §. 75. S. 140. Viele behaupten ſogar, daß wenn der Erblaſſer den ihm vom Richter angetragenen Würderungseid vor ſeinem Tode ſchon angenommen hatte, derſelbe für abgeleiſtet zu achten ſey. GAIL Lib. I. Obſ. 43. HAHN Obſervat. ad *Weſenbec.* h. t. nr. 4. STRUV Synt. iuris civ. Exerc. XVII. Th. 61. in fin. und MÜLLER ad Eundem not ρ. Allein BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I. Diſputat. XXI. Th. 12. lit. E. verwirft dieſe Meinung mit Recht.

chem Falle noch andere Mittel zu Gebote ſtehen, um ſelbſt ſchätzen zu können [1]). Folgende Geſetzſtellen verdienen hier beſonders bemerkt zu werden.

L. 71 D. de Rei vindicat. Quod ſi poſſeſſor quidem dolo fecit, *actor vero iurare non vult*, ſed quanti res ſit, adverſarium condemnari maluit, *mos ei gerendus eſt.*

L. 2. Cod. de in lit. iur. Is, qui rationem tutelae ſeu curae repoſcit, *invitus in litem iurare compelli non poteſt: sed volens ita demum audiendus eſt*, ſi heres per longam ſucceſſionem tutoris inſtrumenta pupillaria dolo, vel circumveniendi pupilli gratia, exhibere non vult.

Dieſen iſt nicht entgegen, wenn **Paulus** *L. 11. D.* h. t. ſagt: De periurio eius, *qui ex neceſſitate iuris in litem iuravit*, quaeri facile non ſolere. Denn dieſe neceſſitas iuris geht eigentlich auf den Richter, der unter den geſetzlichen Vorausſetzungen den Eid erkannt hat, wie **Faber** [2]) und **Vinnius** [3]) dieſe Stelle ganz richtig erklären. Nur in dem Falle würde der Kläger den Eid nicht ablehnen können, wenn der Richter zu ſchätzen auf keine Weiſe im Stande iſt. **Faber** ſagt: *Uno tamen caſu hoc iusiurandum in litem omnimodo praeſtandum eſt, nempe cum defertur, non tantum ex iuris, ſed etiam ex facti neceſſitate, id*

1) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLVI. medit. 4. PUFENDORF Obſervat. iuris univ. Tom. III. Obſ. 124. WERNHER lectiſſ. Commentat. ad Pand. h. t. §. 4. und WEHRN Doctr. cit. §. 65. pag. 421.

2) Rational. in Pand. ad L. ult. D. h. t.

3) Select. iuris Quaeſt. Lib. I. cap. 45.

id eſt, cum impoſſibile eſt, iudicem aliter, quam per actoris iusiurandum, aeſtimare rem, quae non extat.

§. 815.

Giebt es ein iuramentum in litem veritatis für den Fall geringer Verſehen? Gegen wen hat der Würderungseid Statt?

Die geſetzliche Vorausſetzung der Zuläßigkeit des Würderungseides iſt beharrlicher Ungehorſam, oder ein rechtlich erwieſener, wenigſtens dafür anzunehmender dolus des Beklagten. Dem dolus iſt bekanntermaßen eine culpa lata gleichzuachten [4]. Ob aber auch wegen einer culpa levis jene eidliche Würderung des Klägers Statt habe, iſt ſtreitig. Viele [5] behaupten, hier trete das iuramentum in litem veritatis ein, wenn ſonſt kein anderes Beweismittel vorhanden iſt. Allein wenn gleich auch in ſolchen Fällen, wo dem Beklagten weder ein actenkundiger Ungehorſam, noch ſonſt ein widerrechtlicher Vorſatz, oder eine demſelben gleichzuſchätzende culpa lata, als rechtlich erwieſen, zur Laſt fällt, ſondern ein geringeres Verſehen des Beklagten, als Veranlaßungsgrund der verletzenden Handlung deſſelben, anzuſehn iſt, das Würderungsrecht des Klägers ſo gut, wie in jenen erſtern, begründet iſt; ſo iſt doch, wegen verminderter Imputabilität des Beklagten,

4) *L. 226. D. de Verb. Signif.* Magna culpa dolus eſt.

5) STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XVII. Th. 68. MÜLLER ad *Eundem.* not. γ. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 1. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 25. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1166. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 484. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4535. Müller in dem Verſuch über den Schätzungseid. §. 8. u. a. m.

ten, die Würderungsart hier ganz verſchieden. Daß für dieſen Fall der Würderungseid nicht Statt habe, ſondern das Würderungsrecht des Klägers nur auf dem ordentlichen Wege der Beweisführung durch den Ausſpruch des Richters realiſirt werden könne, beweiſen folgende Geſetze buchſtäblich.

L. 2. §. 1. *D. h. t.* Interdum, quod interſit agentis, ſolum aeſtimatur, *veluti cum culpa non reſtituentis vel non exhibentis punitur:* cum vero dolus aut contumacia non reſtituentis, vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor.

L. 4. §. 4. *D. eodem.* Ex *culpa* autem non eſſe iusiurandum deferendum, conſtat: ſed aeſtimationem a iudice faciendam.

L. 5. §. 3. *D. eodem.* Sed in his omnibus *ob dolum ſolum* in litem iuratur, non etiam *ob culpam*: haec [6]) enim iudex aeſtimat.

L. 2.

6) Ich muß hier bemerken, daß das *haec* dem großen holländiſchen Critiker *Gerb.* NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 291. ein Verſtoß gegen die Regeln der Grammatic zu ſeyn ſcheint. Schon die Sache erfordere, daß man ohne weiteres Bedenken HANC ſc. culpam leſen müſſe. Allein ihm entgieng hier, was er ſelbſt an einem andern Ort Lib. I. Obſervation. c. 4. und in Tr. de Pactis et Transact. cap. 1. ſehr gründlich erinnert hat, daß unter *culpa* und *dolus* im Styl der röm. Rechtsgelehrten ſehr häufig *ea, quae culpa vel dolo fiunt*, verſtanden werde. *Io. Guil.* MARCKART Interpretation. receptarum iuris civ. Lection. Lib. I. cap. 20. §. 4. und *Ger.* OELRICHS in Diſſ. de vita, ſtudiis, honoribus et ſcriptis Aelii Marciani ICti. *Trajecti ad Rhen.* 1754. Cap. IV. §. 5. haben dieſe Conſtruction durch viele Stellen aus den röm. Klaſſikern und andern Fragmenten

L. 2. Cod. de in litem iur. Sin vero *neque dolus, neque lata culpa, neque fraus heredis convincitur*, OMISSA IURISIURANDI FACULTATE, iudex *de veritate* cognoſcet: quae etiam *argumentis liquidis* inveſtigari poteſt.

Ueberall wird hier die Würderung des Klägers durch ſeinen eigenen Eid der richterlichen Schätzung entgegen geſtellt. Jenes Recht zu würdern wird dem Kläger ausdrücklich nur unter der Bedingung zugeſichert, wenn die erlittene Verletzung einen dolus, oder culpa lata, oder contumacia des Beklagten zum Grunde hat. Die letztere hingegen ſoll dann lediglich entſcheiden, wenn der Schade durch eine culpa im eigentlichen Sinn, ſo fern ſie dem dolus entgegen geſetzt wird, das heißt, durch eine culpa levis des Beklagten verurſacht worden iſt. Soll alſo hier der Richter urtheilen, ſo iſt damit zugleich ganz klar ausgeſprochen, daß der gerichtliche gewöhnliche Gang zur Ausmittelung einzuſchlagen ſey. Bey ſo klaren Stellen der römiſchen Geſetze darf man nun auch die zur Unterſtützung der gemeinen Meinung angeführten Geſetzſtellen nicht ſehr fürchten. Es ſind folgende

L. 5. §. 4. D. h. t. Plane interdum et in actione ſtricti iudicii in litem iurandum eſt; veluti; ſi promiſſor Stichi moram fecerit, et Stichus deceſſerit: quia iudex aeſtimare, ſine relatione iurisiurandi, non poteſt rem, quae non extat.

Hier

menten der röm. Rechtsgelehrten beſtärkt, und ſomit die Richtigkeit der Leſeart vollkommen gerechtfertiget. Es iſt nun alſo auch nicht nöthig, mit *Franc.* DUARENUS in Comment. in hunc Tit. Pand. §. 35. *Operum.* pag. 222. ſtatt haec, hic zu leſen.

Hier iſt von der mora die Rede. Daß dieſe durch jede, auch geringe Culpa, verurſacht werden könne, iſt ohne Beweis bekannt. Sollte dieſe aber auch hier gemeint ſeyn? Auf keine Weiſe. Daß auch hier ein widerrechtlicher dolus vorauszuſetzen ſey, lehrt der ganze Zuſammenhang. Denn unmittelbar vorher wird ja ausdrücklich geſagt, daß nur wegen eines Dolus, aber nicht wegen einer bloßen Culpa, der Würderungseid zuläſſig ſey.

Die weiter angeführte *L. 1. §. 40. D. depoſiti* iſt ſchon von mir an einem andern Orte (S. 379.) erläutert, und gezeigt worden, daß darin vom Ergänzungseide die Rede ſey. Geſetzt aber man wollte dieſe Stelle vom Würderungseide verſtehen, ſo iſt ja ohnehin bekannt, daß bey der actio depoſiti nur der dolus des Depoſitars in Betrachtung kommt. Dagegen verdient erwogen zu werden, daß ſelbſt beym Interdicto quod vi aut clam, wo in der Regel nur auf das Factum der Beſitzſtörung geſehen, und blos deſſen Daſeyn, ohne Rückſicht auf dolus oder culpa, beachtet wird, das ſonſt dabey zuläßige iuramentum in litem für den Fall der Schätzung einer blos culpoſen Beſchädigung ausdrücklich verſagt wird. **Ulpian**, welcher *L. 15. §. 9. D. Quod vi aut clam* ſagt: Sed, quod interfuit, aut *per iusiurandum*, *quod in litem actor iuraverit*: aut, ſi iurare non poſſit, iudicis officio aeſtimandum eſt; hält es für nöthig, gleich nachher §. 11. zu bemerken: *Culpam quoque in hoc interdicto venire; quae tamen arbitrio iudicis aeſtimanda erit.* Aus dieſen Gründen eiferte ſchon der große Cujaz [7]) gegen den *maximum errorem eorum*, wie er ſich ausdrückt, *qui exiſtimant*, *ob levem cul-*

cul-

7) Recitat. Solemn. in Tit. Cod. de in litem iurando.

culpam deferri iuſiurandum in litem. In ſeine Fußſtapfen traten Noodt [8]), Duaren [9]) und Anton Schulting [10]), und unter den neuern Rechtsgelehrten darf ich einen unſerer erſten Civiliſten, einen Adolph Dieterich Weber [11]), nicht mit Stillſchweigen übergehen, den ich mit Recht jenen Triumviris an die Seite ſetzen kann. Man iſt auch in den erſchienenen neuern Verſuchen über dieſe Lehre [12]) hiermit vollkommen einverſtanden.

Hieraus erklärt ſich nun auch, gegen wen der Würderungseid zuzulaſſen ſey? Er kann nur eigentlich gegen den erkannt werden, welcher ſich der doloſen Handlung ſchuldig machte, wodurch die Verletzung des Klägers entſtand [13]). Gegen die Erben hat daher der Würderungseid in der Regel nicht Statt, es wäre denn, daß ſchon bey Lebzeiten des Erblaſſers lis conteſtirt, und folglich die Beſchuldigung der doloſen Handlung gegen den Erblaſſer bereits

8) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 291.

9) Comm. ad h. Tit. Dig. n. 31. ſqq. *Operum* pag. 221. ſq.

10) Theſ. controvers. Dec. XXXXI. Th. 6.

11) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. S. 347.

12) S. WIRSCHINGERS Verſuch einer n. Th. über das iuram. in litem §. 59. u. 60. und DRUMMERS Theorie des Würderungseides. §. 12.

13) S. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 14. und MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Tom. I. Exercit. XVII. Th. 62. not. *α* et *β*. Viele machen auch ſogar in der Perſon der Eltern keine Ausnahme, und laſſen dieſen Eid ſelbſt gegen den Landesherrn zu, weil die Geſetze keinen Unterſchied machen. S. CRAMER Diſſ. de iuramento in litem affectionis et veritatis. §. 42—44. und Müllers Verſuch über den Schätzungseid. §. 6.

reits vor Gericht gebracht worden [14]; oder daß ſich der Erbe erſt ſelbſt der doloſen Verletzung ſchuldig gemacht hätte. Denn hier haftet er für ſeine eigene Handlung.

L. 5. *Cod. h. t.* Licet adverſus heredes ob non factum inventarium iusiurandum in actione tutelae praetermitti placuerit, iudicem tamen datum, velut ex dolo tutoris aliis indiciis inſtructum, adverſus eos ferre ſententiam convenit.

Nach dieſem Geſetz ſollen zwar die Erben für den dolus ihres Erblaſſers haften, allein der Kläger muß hier ſeinen Schaden durch andere Beweiſe, als durch ſeinen Eid, darthun [15]).

L. 4. *C. eod.* Alio iure eſt tutor, alio heres eius. Tutor enim inventarium, caeteraque inſtrumenta ſi non proferat in litem, iusiurandum adverſus ſe poteſt admittere: at enim heres eius ita demum, ſi reperta *in* hereditate dolo malo non exhibet Sed cum adverſus ipſum tutorem litem conteſtatam eſſe dicatis: transferentibus vobis in heredes eius actionem, Praeſes provinciae partes ſuas exhibebit, non ignorans, niſi exhibeantur inſtrumenta, quatenus iuxta formam conſtitutionum partes ſuas debeat moderari.

Hiermit ſtimmt auch der Gerichtsgebrauch überein [16]) Es iſt noch zu bemerken, daß auch gegen den Bürgen wegen

14) *L.* 20. *D. de accuſat.* S. DRUMMER in der angeführten Theorie §. 32. S. 81.

15) S. CUJACII Recitation. ſolemn. in Codicem ad Tit. de in litem iurando.

16) S. WERNHER Select. Obſervat. for. Tom. II. P. IX. Obſ. 88. BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. 25. §. 3. Not. 8.

gen des dolus desjenigen, für welchen er gut geſagt hat, das iuramentum in litem nicht Statt habe [17]). Hoc enim non debet imputari fideiuſſoribus, ſagt **Paulus** *L.* 73. *D. de fideiuſſ.* quod ille propter ſuam poenam praeſtitit, pro quo fideiuſſit.

§. 816.

Vorausſetzungen des iuramenti in litem affectionis.

Daß der Affectionswerth, wenn er auch nicht als das characteriſtiſche Merkmal des Würderungseides angenommen werden kann, doch von dieſem Eide nicht auszuſchlieſſen ſey, iſt ſchon oben gezeigt worden. Hierin ſtimmen auch die meiſten neuern Rechtsgelehrten überein [18]), obgleich freylich einige [19]) ſich ſehr nachdrücklich gegen die Zuläſ-

17) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4.

18) S. Joh. Heinr. Gottl. Herrmann Ueber den Werth der beſondern Vorliebe zu gewiſſen Sachen, deren Erſatz rechtlich geklagt, und geſchätzt werden ſoll. In dem Archiv merkwürdiger Actenſtücke. 2. Bändchen. Leipzig 1798. S. 1. ff. Weber Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß S. 347. SCHNEIDER Lehre vom rechtl. Beweiſe. §. 410. von Globig Verſuch einer Theorie der Wahrſcheinlichkeit zur Gründung des hiſtor. und gerichtl. Beweiſes. 2. Th. 5. Abſchn. §. 8. S. 113. und SCHOEMANS Lehre vom Schadenserſatze. 2. B. S. 154.

19) S. Leonh. Gottl. Stiehler Noch etwas über den Werth der beſondern Vorliebe zu gewiſſen Sachen, deren Erſatz rechtlich geklagt und geſchätzt werden ſoll. In dem Archiv merkwürdiger Actenſtücke. 2. Bändchen. S. 218. ff. und J. Nic. Fr. Brauers Erläuterungen über den Code Napoleon und die großherzogl. Bad. bürgerl. Geſetzgebung. 3. Band (Karlsruhe 1810.) Bemerk. 70. S. 94. Unter den äl-

tern

Zuläßigkeit des Affectionswerthes beym Würderungseide erklärt haben. Ich bleibe hier bloß bey dem Römiſchen Rechte ſtehen. Nach dieſem läßt ſich bey den oben angeführten deutlichen Stellen nicht mit Grund bezweifeln, daß der Beſchädigte, welcher zum Schätzungseide gelaſſen wird, auch den Werth der beſondern Vorliebe in die blos ſeiner Willkühr überlaſſene Würderung aufnehmen dürfe. Es wäre wenigſtens der ſonderbarſte Zufall, daß nur beym iureiurando in litem, und nirgends, wo ſonſt von der Leiſtung des Intereſſe die Rede iſt, das Object der zu beſtimmenden Entſchädigung in Ausdrücken bezeichnet wird, welche durch die ihnen eigne Bedeutung, man denke an das *iurare in infinitum*, in den ſchon oben angeführten Geſetzen, nothwendig auf etwas beſonderes ſchließen laſſen, was von dem ſonſt gewöhnlichen Entſchädigungs-Princip abweicht. Es kommt nun aber noch auf folgende Fragen an.

1) Iſt nicht durch die *L. un. Cod. de Sentent, quae pro eo, quod intereſt, proferuntur*, verboten worden, den Affectionswerth bey Beſtimmung des Entſchädigungs-Quantums zu berückſichtigen? Einige [20]) wollen in dieſer Verordnung wirklich ein ſolches Verbot entdeckt haben. Juſtinian ſagt nämlich: Sancimus, in omnibus caſibus, qui certam habent quantitatem, vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus, et omnibus contractibus

tern Rechtsgelehrten gehört hierher *Io.* CORASIUS Miſcellaneor. Lib. VI. cap. 1. et 2. den aber THOMASIUS in Diſſ. de pretio affectionis Cap. III. §. 6. ſchon widerlegt hat.

20) Unter den ältern Rechtsgelehrten vertheidigte vorzüglich dieſe Meinung Bartolus. Unter den neuern *Hein. Lud. Car.* EULER in Diſſ. ſiſt. Obſervationes quasdam de eo quod intereſt, praeſ. *Iul. Frid.* MALBLANC def. *Tubingae 1801.* §. 19.

ctibus hoc, quod intereſt, dupli quantitatem minime excedere. In aliis autem caſibus, qui incerti eſſe videntur, iudices, qui cauſas dirimendas ſuſcipiunt, per ſuam ſubtilitatem requirere, ut hoc, quod revera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perverſionibus in circuitus inextricabiles redigatur; ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro ſua impoſſibilitate cadat. Allein ſchon Hubert Giphan [21]) hat ſehr richtig bemerkt, daß dieſe Verordnung blos von dem Falle rede, wo der Richter das Intereſſe des Klägers durch ſeinen Ausſpruch ſchätzt. Hier ſoll der Richter mit aller Genauigkeit, mit allen ihm zu Gebote ſtehenden Hülfsmitteln, den Anſchlag des Klägers prüfen, und den wahren Betrag des Schadens ausmitteln. Nun wird ja aber von dem Falle, wo richterliche Schätzung eintritt, der Fall der eidlichen Würderung des Klägers ausdrücklich unterſchieden, wie aus *L.* 2. §. 1. *D. et L.* 2. *Cod. h. t.* ganz klar erhellet. Es kann alſo jene Verordnung hierauf nicht bezogen werden, weil man ſonſt auch eben ſo gut behaupten könnte, es ſey dadurch überhaupt der Würderungseid aufgehoben worden [22]). Mit Recht ſagt

21) Explanat. difficilior. LL. Cod. Lib. VII. ad L. un. Cod. de ſentent. quae pro eo, quod intereſt. pag. 260.

22) Mit dieſen Grundſätzen ſtimmt auch das Preußiſche Landrecht überein, wo es Th. 1. Tit. 6. §. 94—97. heißt: Iſt der Schade aus Vorſatz oder groben Verſehen verurſacht worden, ſo muß der Beſchädigte auch zur eidlichen Beſtärkung eines höhern Werthes, nach richterlichem Ermeſſen, zugelaſſen werden. Doch darf auch dieſer höhere Werth den doppelten Betrag des von den Sachverſtändigen angegebenen mittlern Werths

ſagt daher Franz Duaren [23]), dem auch Eduard Caldera [24]) beyſtimmt: *Quod ſi* BARTOLO *et eius ſectatoribus aſſentiamur, fateri neceſſe eſt, actorem ad rem ſuam vendendam, ſi minus iuſto pretio, at certe duplo iuſti pretii compelli poſſe, Quod quidem iniquum eſſe, ſupra teſtati ſumus. Hinc apparet,* IUSTINIANI *conſtitutionem ad hunc caſum non pertinere.* Und Auguſtin Strauch [25]) giebt die Regel: *Quotieſcunque intereſſe provenit ex dolo adverſarii, aequum eſt, aeſtimationem eius duplum excedere poſſe, ne alioquin contra iuris regulam ex delicto meliorem cauſam ſuam feciſſe dicatur* [26]).

2) Welches ſind die Bedingungen der Würderung nach dem Werth der beſondern Vorliebe?

a) Der Beſchädigte muß Eigenthümer der Sache ſeyn.

b) Der

Werths niemals überſteigen. Iſt aber von dem Werthe der beſondern Vorliebe die Rede, ſo findet dergleichen Rückſicht auf das Verhältniß zwiſchen dem von den Sachverſtändigen beſtimmten, und dem von dem Beſchädigten angegebenen Werthe keine Statt. Vielmehr muß alsdann das richterliche Ermeſſen den von dem Beſchädigten eidlich zu erhärtenden Werth nur nach der beſondern Beſchaffenheit der Umſtände und Verhältniſſe, worauf der Beſchädigte dieſe Vorliebe gründet, feſtſetzen und ermäßigen.

23) Commentar. ad h. Tit. Dig. num. 28. *Oper.* pag. 221.

24) Variar. Lection. Lib. IV. Cap. I. nr. 19. (in *Ger.* MEERMANI *Theſ. iuris civ. et can.* Tom. III. pag. 648.)

25) Diſſ. ad L. un. Cod. de ſentent. quae pro eo, quod inter. profer. §. 39. (*Vitemb. 1659.*) Man vergleiche auch WEHRN Doctr. iuris explicatr. principior. damni praeſt. §. 65. p. 424.

26) *L. 134. §. 1. D. de div. regul. iuris.*

b) Der Gegenſtand muß an ſich eine Sache von Werth, und von der Art ſeyn, daß ſie eine Schätzung nach Affection zuläßt, ſie mag eine lebendige oder lebloſe Sache ſeyn. Auch fungible Sachen, wenn man ſie auch gleich insgemein von dieſer Claſſe der Sachen auszuſchlieſſen pflegt [27]), können zuweilen ein Gegenſtand des Affectionseides ſeyn, inſofern man nämlich nicht gerade verzehrbare Sachen darunter verſteht, ſondern ſolche Sachen, welche zwar ſonſt durch andere von derſelben Art erſetzt werden können, allein die der Eigenthümer unter ſolchen Umſtänden beſaß, daß er ihnen nach ſeiner Zuneigung einen mehr, als gewöhnlichen Werth, mit Grund beylegen konnte. Denn auch Perlen, Corallen, Edelgeſteine können, ſofern ſie vertretbare Sachen ſind, zu den fungiblen gerechnet werden [28]).

c) Die Affection des Klägers muß auf einem vernünftigen Grunde beruhen, welches der Richter aus der beſondern Beſchaffenheit der Umſtände und Verhältniſſe, worauf der Beſchädigte dieſe Vorliebe gründet, beurtheilen muß. Dahin gehört z. B. außerordentliche Seltenheit einer Sache, vorzügliche Achtung der Perſon, von der die Sache herrührt, u. d. Eine blos wollüſtige Zuneigung kann keinen ſolchen Affectionswerth begründen, weshalb der Richter auf den Eid erkennen dürfte. In dieſer Hinſicht ſagt Ulpian *L.* 4. §. 2. *D. h. t.* mit Recht: In arbitrio eſſe iudicis, deferre iuſiurandum, nec ne, conſtat.

 d) Die

27) S. *Chriſt.* THOMASII Diſſ. de pretio affectionis in res fungibiles non cadente. *Halae 1701.*

28) S. den II. Th. dieſes Commentars §. 778.

d) Die Verletzung des Klägers muß durch Ungehorſam des Beklagten in Herausgabe der Sache oder ſonſt durch eine doloſe Handlung des Beklagten verurſacht worden ſeyn [29]). **Ulpian** *L.* 1. und **Marcellus** *L.* 8. *D. h. t.* reden ausdrücklich nur von einer contumacia non reſtituentis, wenn ſie dem Kläger das Recht geſtatten, die ihm vorenthaltene Sache blos nach ſeiner Willkühr ultra rei pretium zu würdern. Daß aber auch der Dolus, wodurch ſich der Beklagte außer Stand geſetzt hat, die Sache zu reſtituiren, den Kläger berechtige, ſine ulla taxatione *in infinitum* zu ſchwören, lehrt ebenfalls **Ulpian** *L.* 68. *D. de rei vindicat* [30]). Endlich

e) muß auch dem Richter ſchon bewieſen ſeyn, was denn eigentlich dem Kläger reſtituirt werden müſſe.

§. 817.

29) S. *Ed.* CALDERA Variar. Lection. Lib. IV. Cap. 1. nr. 20. bey MEERMAN Tom. III. pag. 648. und *Ge.* FRANTZKIUS Commentar. in Dig. h. t. nr. 16.

30) Dieſe Grundſätze beſtätiget auch das Preußiſche Landrecht 1. Th. 6. Tit. §. 87. wo es heißt: „Für den Werth der beſondern Vorliebe haftet der Beſchädiger nur alsdann, wenn die Beſchädigung vorſätzlich zugefügt worden iſt.“ Wir haben hier zugleich einen wichtigen Beweis für den heutigen Gebrauch des iuramenti in litem affectionis, welchen einige mit MÜLLER in Obſervat. pract. ad *Leyſerum* Tom. II. Faſc. 1. Obſ. 331. ohne Grund bezweifeln. Man ſehe vielmehr Nettelbladts Verſuch einer Anleitung zur pract. Rechtsgelahrheit §. 398. Claproths bürgerl. Proceß 2. Th. §. 444. und THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1166. a. E.

§. 817.

Ueber die Beſtimmung der Gränzen des Würderungsrechts nach Affection. Was heißt *in infinitum* iurare? Was *in immenſum?* Scheinbarer Widerſpruch zwiſchen *L. 68. D. de Rei vindic.* und *L. 4. §. 2. D. h. t.*

Es liegt ſchon in der Natur der Sache, daß bey der Beſtimmung des Affectionswerthes keine gewiſſe Taxe Statt haben könne. In dieſer Hinſicht ſagt **Ulpian** [31]) ganz recht, daß es hier dem Kläger erlaubt ſey, *in infinitum* zu ſchwören, und zwar ſogar *ſine ulla taxatione* [32]), weil hier, wie auch **Marcellus** [33]) bemerkt, die Schätzung einzig der Willkühr des Klägers überlaſſen werden muß. Gleichwohl lehrt **Ulpian** [34]): Officio iudicis debet *taxatione iusiurandum refrenari*; der Richter könne daher *modum iuriiurando ſtatuere*, ut *intra certam quantitatem* iuretur, ne, arrepta occaſione, *in immenſum* iuretur [35]). Sollten denn dieſe Stellen nicht in einem offenbaren Widerſpruche ſtehen? Die Beſtimmung des Werths ſoll dem arbitrio actoris, und doch auch dem arbitrio iudicis überlaſſen ſeyn; ſoll taxatione iudicis, und auch ſine ulla taxatione geſchehen; der Kläger ſoll nicht in immenſum, aber er ſoll doch in infinitum ſchwören dürfen! Die Ausleger haben hierbey viel Schwierigkeiten gefunden. Die Gloſſe reſolvirt den Widerſpruch ſo, das Geſetz beſtimme dem Kläger keine Taxe, ſondern er-

 laube

31) *L. 4. §. 2. D. h. t.*

32) *L. 68. D. de Rei vindicat.*

33) *L. 8. D. h. t.*

34) *L. 18. pr. D. de dolo malo.*

35) *L. 4. §. 2. D. h. t.*

laube ihm ſo hoch zu ſchwören, als er wolle; das heiße *ſine ulla taxatione in infinitum iurare*, wovon *L.* 68. *D. de Rei vind.* ſpreche. Allein der Richter könne eine gar zu übertriebene Schätzung durch Feſtſetzung einer gewiſſen Summe, das iurare *in immenſum*, beſchränken. **Anton Faber** 36) hält hingegen die ganze *L.* 68. für einen Tribonianismus; er meint, man müſſe ſie als eine imperatoria conſtitutio anſehen, in cuius interpretatione quaerendum ſit, non quid ratio iuris ſuggerat, ſed quid legislatoris voluntas conſtituat. Das Reſultat ſeiner Erklärung geht nun dahin: Non puto dubitandum, quin ita ius conſtitutum videri debeat, *ut nullus taxationi locus relinquatur, quoties contra eum iuratur, qui rem petitori adiudicatam dolo deſiit poſſidere.* Alſo die Entſcheidung der *L.* 68. beſchränke ſich blos auf den Fall, wenn ſich der Beklagte des Beſitzes der Sache boshaft entäußert hat, zu deſſen Herausgabe er war verurtheilt worden. Hier finde keine richterliche Ermäßigung Statt. **Ulrich Huber** 37) trägt zwar Bedenken, die ganze Stelle für ein Emblem zu halten; allein die Worte *ſine ulla taxatione* ſcheinen ihm wenigſtens ein unächter Zuſatz zu ſeyn, welchen er einer durch Unwiſſenheit in den Text aufgenommenen Randgloſſe zuſchreibt. Allein mit Recht hat ſchon **Wilhelm Maſius** 38) bemerkt, daß durch die

L. 68.

36) Conjectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 17. pag. 580.

37) Eunom. Rom. Lib. VI. ad L. 68. D. de Rei vind. §. 9. pag. 315. et Lib. XII. ad L. 4. et 5. D. de in lit. iur. p. 496.

38) Tr. de rei debitae aeſtimatione (*Lovanii* 1653. 4.) P. II. Cap. XVI. n. 6. et 7. pag. 95.

L. 68. die richterliche Taxation nicht ausgeſchloſſen werde. Quare magis eſt, ſagt er, ut dicamus, id, quod ULPIANUS ait: *quantum adverſarius in litem ſine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandum eſſe;* ita eſſe accipiendum, ut idem contineat, quod *L.* 4. *D. de in lit. iur.* fuit reſponſum, licere ſcilicet in infinitum iurare; et cum ita iuratum fuerit, absque eo, quod iudex in deferendo huiusmodi iuramento taxationem adjecerit, debere iudicem iuramentum huiusmodi, quod in infinitum ſine ulla taxatione factum fuit, in condemnatione ſequi, nec debere minoris condemnare. *Itaque* ULPIANI *ſententia non in eo verſatur, ut praeſcriberet modum iurandi, ſed definiret, condemnationem debere eſſe conformem iuramento.*

Auch Leyſer [39]) meint, daß die angeführten Stellen wohl zu vereinigen wären. Die *L.* 68. ſey freylich an ſich mangelhaft, ſie erhalte aber durch die *L.* 2. §. 4. *D. h. t.* ihren richtigen Sinn, und müſſe daraus ergänzt werden. Der in den Geſetzen vorkommende Ausdruck: *in infinitum*, habe nicht die Bedeutung von etwas Gränzenloſen, dies heiße *immenſum*, ſondern er bezeichne nach dem Sinne jener Geſetze ein Etwas, deſſen Größe in keinem Geſetz beſtimmt werden kann. Nach der *L.* 68. ſey es nun zwar dem Kläger erlaubt, wider denjenigen, welcher ſich des Beſitzes der Sache, zu deren Herausgabe er war verurtheilt worden, argliſtig entäußert hat, in infinitum, d. i. ohne beſtimmte Schranken der Schätzung, in litem zu ſchwören; allein der Richter könne nach *L.* 4. *h. t.*

39) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLVI. medit. 3.

dem Schwörenden nach ſeinem billigen Ermeſſen ein gewiſſes Ziel ſetzen, und das zu beſchwörende Quantum moderiren; und wenn er von dem Gegenſtande der Schätzung keinen ausreichenden Aufſchluß in den Acten findet; ſo müſſe er deshalb eine Beaugenſcheinigung der Sache anſtellen, und bey der Ermäßigung Sachverſtändige zu Rathe ziehen.

Aller Widerſpruch fällt weg, wenn man mit DRUMMER 40) die Grenzen der Concurrenz zweyer Functionen, der des Richters, und der des Klägers unterſcheidet. Dem Kläger ſteht es zwar frey, die Sache nach ſeiner Neigung, in infinitum 41) das iſt, ſo hoch zu ſchätzen, als er will; und ſolang dieſe Würderung einer humanen Affection entſpricht, muß es der Richter dabey laſſen, und den Beklagten zu dem verurtheilen, was der Kläger auch ohne richterliche Taxation bloß durch ſeinen Eid erhärtet hat, wie *L.* 68. ſagt 42). Allein ſollte der Kläger ſeine Forderung übertreiben, und die Gränzen einer humanen Affection dergeſtalt überſchreiten, daß ſeine Schätzung nach allen Erfahrungsſätzen ſchlechterdings nicht gerechtfertiget werden kann; ſo ſteht es dem Richter zu, ein Maximum, d. i. jenen letzten Grad des Preiſes zu fixiren, jenſeits deſſen

40) Theorie des Würderungseides. §. 17.

41) Die Worte *in infinitum* deuten blos auf etwas Unbeſtimmtes hin, deſſen Uebertreibung durch richterliche Moderation in die Schranken einer vernünftigen Schätzung zurückgeführt wird. *Fr.* DUARENUS in Commentar. ad h. Tit. nr. 27. hat dies aus vielen Stellen erwieſen. S. auch BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Infinitus.*

42) Vergl. *Ed.* CALDERA Variar. Lection. Lib IV. cap. I. nr. 19.

deſſen die Schätzung des Klägers in Ungerechtigkeit ausarten würde. Daher ſagt Ulpian *L.* 4. §. 2. *D. h. t.* Arbitrio bonae fidei iudicis hoc congruit, taxationem iuriiurando adjicere, ne, arrepta occaſione, *in immenſum* iuretur; oder wie er ſich an einem andern Orte [43]) ausdrückt: Officio iudicis debet taxatione iusiurandum refrenari [44]).

§. 818.

Das iuramentum in litem veritatis iſt keine Art von Erfüllungseide. Unterſchied vom iuramento quantitatis.

Soviel hiernächſt das iuramentum in litem veritatis anbetrift, ſo will Hellfeld daſſelbe für nichts anders, als eine Gattung des Erfüllungseides halten, welches alsdann Statt finde, wenn zwar die Forderung des Klägers an ſich unbeſtritten, allein die Größe derſelben nicht genau zu erweiſen iſt. Allein man darf nur die von ihm angeführten Geſetzſtellen [45]) vergleichen, ſo wird man ſich überzeugen, daß darin von dem iuramento in litem gar nicht die Rede ſey. Offenbar wird hier das iuramentum quantitatis mit dem Würderungseide verwechſelt. Denn jenes iſt eine Art des Erfüllungseides, mittelſt deſſen der Gläubiger, wenn deſſelben Forderung von dem Schuldner entweder an ſich nicht geläugnet wird, oder ſchon ſonſt hinlänglich bewieſen iſt, und nur über die Größe derſelben ein Streit obwaltet, zur eidlichen Erhärtung der letztern gelaſ-

43) *L. 18. pr. D. de dolo malo.*

44) S. dieſen Commentar Th. 8. §. 586. S. 209. Not. 17.

45) *L. 1. §. 40. D. depoſiti. Cap. 32. X. de iureiur.*

gelaſſen wird [46]). Es erhellet dies nicht nur aus den Worten der *L.* 1. §. 40. *D. depoſiti:* Salvo eo, ut ſi *de quantitate ponderis* incertum eſt, iuranti ſuccurratur; ſondern es iſt noch deutlicher aus dem *cap.* 32. *X. de iureiur.* zu erſehen, wo es heißt: Ex litteris veſtris accepimus, quod ſuper cauſa uſurarum vobis pro G. contra E. ab apoſtolica ſede commiſſa, non potuit per teſtes, ab ipſius G. parte productos, *de ſortis quantitate liquere*, licet de obligatione pignoris conſtitiſſet: unde expedire videtis, quod exigatur de dicenda veritate a partibus iuramentum, cum ex fama quaſi notorium, praefatum E. ex quadam terra ipſius G. ſibi titulo pignoris obligata, ſortem et amplius percepiſſe. Ne igitur ex huiusmodi iuramenti defectu iuſtitia, occulta veritate, ſuccumbat; mandamus, quatenus (ſi eſt ita) partes ad praeſtandum huiusmodi iuramentum per cenſur. eccleſ. remota appellatione cogatis. Dieſer Eid ſetzt *alſo* voraus,

1) daß die Forderung des Klägers an ſich ihre Richtigkeit habe, und nur blos über die Größe oder die eigentliche Summe der Forderung geſtritten werde. Wäre alſo die Forderung ſelbſt noch zweifelhaft, ſo kann der Gläubiger nicht zu dieſem Eide gelaſſen werden, ſondern er muß ſeine Forderung ſowohl an ſich, als deren Größe gehörig beweiſen.

2) Daß

46) Von dieſem Eide handeln Struben in den rechtlichen Bedenken 1. Th. Bed. 35. von Quiſtorp in den rechtlichen Bemerkungen. 1. Th. Bem. 30. und Theod. Hagemann in den practiſchen Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit 5. Band 4. Erört.

2) Daß es an andern Beweiſen fehle, um die Größe der Schuld mit Zuverläſſigkeit darzuthun.

3) Daß der Mangel der nöthigen Beweiſe nicht dem eigenen Verſchulden des Gläubigers beyzumeſſen ſey.

4) Die angegebene Summe an ſich nicht unwahrſcheinlich ſey, vielmehr alle Umſtände und Muthmaſungen dem Kläger in Anſehung der angegebenen Größe ſeiner Forderung beyſtimmen; und endlich

5) daß der Gläubiger von unbeſcholtenem Character ſey, wider welchen kein Verdacht wegen eines etwa zu begehenden Meineides ſtreitet. Dieſer Eid hat auch gegen die Erben des Schuldners Statt. Denn er iſt nicht, wie der Würderungseid, als eine poena doli anzuſehen, ſondern gründet ſich in der Billigkeit, damit nicht der Kläger wegen bloßen Mangels ſonſt gewöhnlicher Beweismittel ſeine an ſich unbeſtrittene Forderung verliere.

§. 819.

Iuramentum *Zenonianum.* Teutſcher Minderungseid.

Noch iſt von einer beſondern Eidesart zu handeln übrig, welche von ihrem Urheber, dem Kaiſer Zeno, der Zenonianiſche Eid genennt, und von demjenigen, der durch Gewaltthätigkeit des Andern einen Schaden an ſeinen Sachen erlitten hat, geleiſtet wird [47]). Ueber die Natur dieſes Eides ſind eben-

47) Von dieſem Eide haben vorzüglich gehandelt *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XVIII. Err. 8. *Balthaſ.* STEUDNER in Diſſ. de ſacramento Zenoniano. *Altorfii* 1682. *Caſp. Henr.* HORN Diſſ. de eod. argum. *Vitemb.* 1701. und beſonders *Tob. Iac.* REINHARTH in ſelect. Obſervation. ad *Chriſtinaei*

ebenfalls die Rechtsgelehrten getheilter Meinung. Einige [48]) halten den Zenonianiſchen Eid für eine bloße Art des Schätzungseides, und finden den Unterſchied lediglich in einer gewaltſamen Ablation. Andere [49]) ſehen ihn als eine von dem Würderungseide ganz verſchiedene und beſondere Eidesart an. Noch andere [50]) behandeln dieſen Eid zwar als eine Unterart des Schätzungseides der Wahrheit, bemerken aber doch, daß in dem Weſen des Zenonianiſchen Eides ſelbſt zwey Eide verborgen lägen, der eine bezwecke nämlich die Größe und Anzahl der verlohrnen Sachen; der andere hingegen den Grad oder das Maas der Schätzung. Dagegen behaupten andere [51]), daß dieſer Eid kein bloßes iuramentum veritatis ſey, ſondern auch auf das lucrum ceſſans und pretium affectionis gerichtet werden könne. Endlich glaubt **Wirſchinger** [52]), daß der Zenonianiſche Eid

naei Deciſion. Vol. I. Obſ. 59. und *Ferd. Gotth.* FLECK in Diſſ. II. de remedio ſpolii. *Lipſiae 1797.*

48) DORN in Diſſ. de iureiur. in litem, pretii adfect. figmento liberato. §. 60. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLVI. medit. 7. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 73. p. 286. THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1166.

49) STEUDNER cit. Diſſ. HORN cit. Diſſ. REINHARTH ad *Chriſtinaeum* c. l. pag. 152. *Ant.* FABER c. l. und Conjectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 13. pag. 571. Fried. Carl von Savigny Recht des Beſitzes §. 40. S. 448. und DRUMMER Theorie des Würderungseides. § 33.

50) Müller im Verſuch über den Schätzungseid §. 14. u. 15. und WERNHER in lectiſſ. Commentat. in Pand. h. t. §. 10.

51) WEHRN Doctr. iuris explicatr. principior. damni praeſt. §. 65. not. 3. pag. 409.

52) Verſuch einer n. Theorie über das I. in lit. §. 84.

Eid gar nicht als beſondere Eidesart beſtehe, ſondern mit dem iuramento in litem eins ſey, überdies aber durch die ſpätern Beſtimmungen Juſtinians in ſeiner neuern Verordnung [53]) nunmehr den Anſtrich einer bereits antiquariſchen Modification gewonnen habe. Alles kommt auf das Grundgeſetz des Zenonianiſchen Eidſchwurs [54]) ſelbſt an, welches wörtlich alſo lautet:

Si quando vis in iudicio fuerit patefacta, deinde ſuper rebus abreptis, vel invaſis, vel damno dato tempore impetus quaeſtio proponatur, ſi non potuerit, qui vim ſuſtinuit, quae perdidit, ſingula comprobare, taxatione a iudice facta, pro perſonarum atque negotii qualitate, ſacramento aeſtimationem rerum, quas perdidit, manifeſtet, nec liceat ei ultra taxationem a iudice factam iurare, et quod huiusmodi iureiurando dato fuerit declaratum, iudicem condemnare oportet.

Faſt unverändert iſt dieſe Conſtitution auch in das Canoniſche Recht [55]) aufgenommen worden, welches ſich auf folgende Art ausdrückt:

Super

53) *L. un. Cod. de ſentent. quae pro eo quod int. profer.*

54) *L. 9. Cod. Unde vi.* Einige Rechtsgelehrten, z. B. LEYSER c. l. und Müller a. a. O. §. 14. glauben, dieſer Eid habe ſeine Exiſtenz ſchon lange vor dem Kr. Zeno gehabt, und durch denſelben nur deutlichere Beſtimmungen erhalten. Sie berufen ſich deshalb auf *L. 18. pr. D. de dolo malo* und *L. 15. §. 9. D. Quod vi aut clam.* Allein man findet dieſe Meinung ausführlich widerlegt in REINHARTHS Obſervat. ſelect. ad *Chriſtinaeum* Vol. I. Obſ. 59. Der Irrthum liegt darin, daß ſie den Zenonianiſchen Eid für ein bloßes iuramentum in litem gehalten haben, welches er doch nicht iſt.

55) *Cap. fin. X. de his, quae vi metusve cauſa.*

Super eo, quod adverſarius veſter ſe conquerebatur a vobis per violentiam ſpoliatum, arbitramini contra vos iniuſte proceſſum, cum non niſi proprio iuramento probaverit ſingula, quae amiſit. Verum poſtquam de violentia per teſtes, et de amiſſis rebus per ipſius conſtiterit ſacramentum: potuit iudex taxatione ab ipſo facta, pro perſonarum ac negotii qualitate, vos in aeſtimatione rerum amiſſarum, iuramento adverſarii declarata, rationabiliter condemnare.

Prüfen wir nach dieſen geſetzlichen Verordnungen den Zenonianiſchen Eid näher, ſo wird es nicht ſchwer ſeyn, Eigenheiten zu entdecken, welche dieſen Eid als eine beſondere, von dem iuramento in litem ganz verſchiedene Eidesart, darſtellen. Er ſetzt nämlich

1) auf Seiten des Klägers einen durch die gewaltſame Handlung des Beklagten erlittenen Verluſt voraus. Dieſe Gewaltthätigkeit muß zuvor von dem Kläger gehörig erwieſen werden, wenn dieſelbe nicht etwa durch das eigene Geſtändniß des Beklagten außer Zweifel geſetzt iſt. Der Eid ſelbſt kann darauf nicht gerichtet werden. Das Geſetz ſagt ausdrücklich: *Si quando* VIS *in iudicio fuerit* *patefacta*. Den Würderungseid hingegen kann ein jeder erwieſener dolus, ja ſchon eine culpa lata des Beklagten begründen.

2) Der Kläger muß die einzelnen Gegenſtände ſeines Verluſtes nicht zu erweiſen im Stande ſeyn. Das Geſetz ſagt: Si *non potuerit*, *qui vim ſuſtinuit*, *ſingula*, *quae perdidit*, *comprobare*. Kann alſo der Verluſt auf andere Art erwieſen werden, ſo wird der Kläger zu dieſem Eide nicht ge-

gelaſſen [56]). Der Zenonianiſche Eid characteriſirt ſich demnach als ein blos ſubſidiariſches Beweismittel. Dahingegen hat der Würderungseid Statt, wenn auch der Werth des ſtreitigen Gegenſtandes auf andere Art erwieſen werden könnte.

3) Der Zenonianiſche Eid dient nicht blos zur Ausmittelung des Werths der verlohrnen Sachen, ſondern entſcheidet auch über den Verluſt ſelbſt. Dieſe Eigenſchaft, welche in den Worten des *cap. fin. X. de his, quae vi metusve cauſa*: Poſtquam de violentia per teſtes, et *de amiſſis rebus per ipſius conſtiterit ſacramentum*, potuit iudex, taxatione ab ipſo facta, — vos *in aeſtimatione rerum amiſſarum*, *iuramento adverſarii declarata*; condemnare, ſo deutlich ausgedrückt wird, zeichnet den Zenonianiſchen Eid, als eigene Eidesart, weſentlich aus, und unterſcheidet ihn unverkennbar von dem iuramento in litem, welches blos den Werth der geforderten Sache betrift, alles andere aber, als bewieſen, vorausſetzt [57]). Dieſes wahre Verhältniß der Sache klärt **Anton Faber** [58]) ſehr richtig auf, wenn er ſagt: Non tractat *L.* 9. *C. unde vi* de iureiurando, quod interponatur ad aeſtimandam rem debitam, ſed *ad probandam quantitatem rerum per vim ſubtractarum*: quod aliud iurisiurandi genus eſt, veteribus Iureconſultis incognitum, *et ea primum Conſtitutione introductum.* Antea enim probandum erat per teſtes, quid quantumque ſub-

56) S. Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 93.

57) S. von Savigny Recht des Beſitzes §. 40. S. 448.

58) Conjectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 13. pag. 571.

ſubtractum fuiſſet, quamvis eo probato, quanti res furtiva tempore furti valuiſſet, ex ipſius actoris iureiurando aeſtimaretur. *L. 9. D. de in lit. iur.* Hodie vero *ipſa etiam rerum ſubtractarum et amiſſarum quantitas per iusiurandum probari poteſt*: hoc tamen ex iure veteri retento, ut probatione quantitatis ſic facta, *poſſit aeſtimatio probari per iusiurandum*, quemadmodum et ſi ſpecies debita poſt moram peremta proponeretur. Nec tamen duplex iusiurandum hoc caſu interponendum eſt, unum ad probandam quantitatem et qualitatem rerum ſubtractarum, alterum ad probandam earum aeſtimationem: ſed placet unum ſufficere, adeoque temperandum et refrenandum per iudicem ab initio taxata quantitate, ad quam usque iurare concedatur: quia facile alioquin res abiret in infinitum, ſi actori pro arbitrio et ex adfectione permitteretur iurare non ſolum de rerum debitarum aeſtimatione, ſed etiam de ipſarum quantitate. Eben dieſen Unterſchied zwiſchen dem Zenonianiſchen und dem alten Würderungseide zeichnet auch beſonders Hugo Donellus [59]) aus, wenn er ſagt: Nam ſi is, qui deiectus eſt, quaedam in ea vi ſibi erepta, aut amiſſa, aut corrupta eſſe dicat, et damnum ad certam ſummam aeſtimet; placet huic iuranti credi non ſolum de aeſtimatione earum rerum, quas prius fuiſſe, ac per vim amiſſas eſſe conſtabit, *ſed etiam de ipſis rebus, numero et conditione earum, quamvis aut non doceat, ſe prius habuiſſe, aut cum haberet, per eam cauſam amiſiſſe.* — Iusiurandum autem in litem *de aeſtimatione ſcilicet rei petitae*, quam rem prius praeſtari

59) Commentar. iur. civ. Lib. XXVI. cap. 6.

ſtari debere conſtat, ſolum veteribus cognitum, prius introductum eſt conſtitutione *Zenonis* adverſus eum, qui vi aliquem de poſſeſſione deiecit. Und Reinharth [60]) zieht hieraus die ganz richtige Folge: Quod pinguius ſit hoc noſtrum illo in litem iureiurando, quippe in hoc poſteriori pretium, ſive aeſtimatio tantum rei per vim ablatae ſive extortae, vel alia ratione extinctae, non item *ipſa eiusdem damni exiſtentia* reſpicitur, atque, ut de re ipſa aliunde iam conſtet, praeſupponitur. Dieſe wichtige und weſentliche Differenz iſt in den neuern Verſuchen, beſonders von Drummer, ganz überſehen worden.

4) Der Richter muß hier immer den Betrag des Schadens nach der Beſchaffenheit der Perſonen und des Vorfalls taxiren, und ein Maximum beſtimmen, welches der Kläger nicht überſchreiten darf [61]). Der Eid der Würderung aber kann auch zuweilen nach *L. 68. D. de rei vind.* ohne vorgängige richterliche Taxation geſchworen werden. Ueberhaupt war hier die Schätzung mehr dem Gut-

Hh 2 dünken

60) Obſervat. ſelect. ad *Chriſtinaei* Deciſ. Vol. I. Obſ. 59. nr. 13.

61) Die Formel der Sentenz, wenn auf den Zenonianiſchen Eid erkannt wird, lautet insgemein alſo: Daß die angegebenen Schäden auf 150. Rthlr. zu moderiren, immaſſen wir ſie auf ſo hoch ermäßigen. Würde nun Kläger vermittelſt Eides erhärten, daß die angegebenen Schäden ihm wirklich zugefügt worden, und unter obige moderirte Summe ſich nicht belaufen; ſo iſt Beklagter ſolche Summe dem Kläger zu erſtatten ſchuldig. S. BERGERI Electa Diſceptat. forenſ. Tit. 31. Obſ. 3. und REINHARTH Obſervat. ſelect. ad *Chriſtinaeum* Vol. I. Obſ. 59. nr. 27. p. 153.

dünken des Klägers überlaſſen, und dieſe Ungebundenheit des Klägers in der Würderung characteriſirte vorzüglich das Weſen des Würderungseides. Es leidet übrigens

5) keinen Zweifel, daß der Kläger bey dem Zenonianiſchen Eide das volle Intereſſe, und mithin auch das lucrum ceſſans, in Anſchlag bringen könne, inſofern es eine unmittelbare Folge des poſitiven Schadens iſt. Es hat auch der Zenonianiſche Eid das mit dem Würderungseide gemein, daß die Eidesdelation vom Richter geſchieht, alſo dieſer Eid ebenfalls zu den nothwendigen Eiden gehört, und eben ſo iſt in beyden Eiden das ſchwörende Subject der Kläger.

Von ganz entgegengeſetzter Art iſt hingegen der, blos in Sächſiſchen Rechten gegründete, ſogenannte Minderungseid (*iuramentum minorationis*) [62]). Zu dieſem wird der Beklagte zugelaſſen, welcher den Schaden geſtiftet hat. Der Kläger ſchätzt hier den gewaltſam erlittenen Schaden ohne Eid, und verlangt von dem Beklagten, daß derſelbe die angegebene Summe bezahle, oder ſolche durch ſeinen Eid verringere. Der Richter muß aber auch auf dieſen Eid erkennen [63]). Schilter [64]) leitet den Urſprung deſſelben aus den alten deutſchen Sitten her. Es wird aber jedem von ſelbſt einleuchten, daß dieſer Eid ſeiner Natur nach nie allgemein werden, oder bleiben konnte.

62) S. *Chriſt. Iuſt.* WIEDEBURG Diſſ. de iuramento minorationis. *Ienae 1757.*

63) S. Oelzens Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 282. S. 436. f.

64) Prax. iuris Rom. Exercit. XXIII. §. 62. ſqq.

konnte. Denn es iſt faſt nur eine Stimme, daß der Minderungseid auf keine Weiſe ſich rechtfertigen laſſe, ohne mit der Vernunft und Gerechtigkeit in Widerſpruch zu gerathen [65]). Er iſt daher auch in den neuern Sächſiſchen Prozeßordnungen ausdrücklich aufgehoben [66]), und ſtatt deſſelben der weit vernünftigere Zenonianiſche Eid eingeführt worden [67]).

* * *

Für eine Art des iuramenti in litem hält man gewöhnlich auch das *iuramentum expenſarum*, wodurch der gewinnende Theil bey einem Rechtsſtreite das Quantum ſeiner aufgewandten außergerichtlichen Koſten in dem Falle bekräftiget, da er dieſelben durch Quittungen, oder auf andere Art nicht beweiſen kann [68]). Juſtinian gedenkt dieſes Eides *L.* 13. §. 6. *Cod. de iudic.*, wo er ſagt:

Sive autem alterutra parte abſente ſive utraque praeſente lis fuerit deciſa: omnes iudices, qui ſub imperio noſtro conſtituti ſunt, ſciant, victum in expenſarum cauſa victori eſſe condemnandum, *quantum pro ſolitis expenſis litium iuraverit.*

Allein

65) S. von Globig Verſuch einer Theorie der Wahrſcheinlichkeit 5. Abſchn. §. 8. S. 114. f.

66) S. Müllers Verſuch über den Schätzungseid §. 17. S. 72. und Oeltze a. a. O. Not. e. S. 439.

67) Man läßt dieſen Eid auch bey ungerechten Pfändungen zu, welche die Natur eines Spoliums haben. S. GAIL de Pignorat. Obſ. 18. und LEYSER Medit. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLVI. medit. 8.

68) S. WERNHER ſelect. Obſervat. for. Tom. I. P. IV. Obſ. 151. num. 384. und Müller über den Schätzungseid §. 20.

Allein dieſer Eid qualificirt ſich vielmehr zum iuramento ſuppletorio quantitatis[69]), und iſt überhaupt nicht ſehr gebräuchlich, indem der Richter gewöhnlich die ihm übergebene Liquidation der Koſten nach der Billigkeit ermäßiget[70]).

69) Martins Lehrbuch des bürg. Proceſſes §. 221. Not. n.

70) S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLVI. medit. 6.

Verbeſſerungen und Zuſätze.

S. 56. Ueber die *L. 16. Cod. Si certum petatur.* hole hier noch die Erklärung Püttmanns in Var. iuris civ. Capitib. (*Lipſiae 1766.*) Cap. 5. nach. Dieſer läugnet, daß es den Praeſidibus provinciae nach dieſem Geſetz verboten geweſen ſey, Geld zu borgen. Sie hätten zwar kein Darlehn geben, wohl aber aufnehmen können. Dies beweiſe ſowohl die *L. 34. D. de reb. credit.* als das Zeugniß des Harmenopulus in *Promtuar. iur. civ.* Lib. III. Tit. 5. §. 2. wo er ſagt: Οἱ ἄρχοντες, ἐν ταῖς ἐπαρχίαις, αἷς ἄρχουσι, κωλύονται δανείζειν, καὶ τοκίζειν, καὶ πραγματεύεσθαι: αὐτοὶ δέ μᾶλλον ἐπί τόκω πάρ ἑτέρον δανείζονται: οἱ δὲ εἰς τὰς ὑπ' αὐτοὺς τάξεις καὶ δανείζουσι καὶ τοκίζουσιν. i. e. *Praeſides in iis, quas regunt, provinciis, mutuam dare pecuniam, foenus exercere, et negotiari prohibentur, ſed ipſi potius ab aliis foenebrem ſumunt pecuniam. Qui vero his ſubſunt magiſtratus, et mutuam et foenebrem dare nihil prohibentur.* Der Grund, warum die Präſides der Provinzen keine Gelder ausleihen durften, ſey der geweſen, damit ſie nicht unter dem Vorwande geliehenen Geldes improba lucra von den Provinzialen erpreſſen möchten. Dieſer Grund fiel weg, wenn ſie ſelbſt Gelder aufnahmen, weil ſie dadurch nicht andere, ſondern ſich ſelbſt verbindlich machten. Dies ſey durch die

die *L. 16. C. Si certum petatur* nicht abgeändert worden. Denn die Worte: *Si in provincia fuerit verſatus*, giengen nicht auf den iudex, ſondern auf den Darleiher, und wären ſo zu erklären: *Si, qui iudici foenebrem pecuniam mutuaverit, in provincia fuerit verſatus quaſi emtor legum atque provinciae*, i. e. ut, obligato ſibi Praeſide, per eum leges, iura, atque provinciam nundinetur.

S. 107. Not. 56. ſind noch hinzuzufügen der Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 5. Band. Medit. 273.

S. 248. Z. 14. iſt ſtatt erhält, enthält zu leſen.

S. 354. Not. 39. Z. 5. muß ſtatt quae *quei* und

— — — — Z. 6. ſtatt de iuraverit *deiuraverit* geleſen werden.

S. 360. Not. 64. iſt hinzuzufügen §. 50.

— — Not. 65. ließ ſtatt doctor, *Doctrina.*

— — Not. 67. ſtatt L 18. 118.

S. 362. Not. 75. ſtatt LINGENBROG l. LINDENBROG.

S. 363. Not. 78. iſt noch hinzuzufügen *Ge. Henr.* AYRERI Progr. de fiſcalibus calumniis iudicisque circa illas eiurandas arbitrio. *Goett. 1747.*

S. 368. Z. 2. iſt ſtatt nach noch zu leſen.

S. 375. Z. 17. vergleiche man noch über die Bedeutung des Worts *inopia Iac.* PERIZONII Animadverſion. hiſtor. (*Altenburgi 1771. 8.*) Cap. V. pag. 199.

S. 419. Not. 37. iſt nach *van de* WATER noch hinzuzufügen *Ed.* CALDERA Variar. Lection. Lib. IV. cap. 1. nr. 25. in *Ger.* MEERMANI *Theſauro nov. iuris civ. et canon.* Tom. III. p. 651.

Verzeichniß einiger Verlags-Artikel von J. J. Palm in Erlangen

die um beygeſetzte Preiſe durch jede gute Buchhandlung zu erhalten ſind.

Abicht, Joh. Hch., die Lehre von Belohnung u. Strafe in ihrer Anwendung auf die bürgerl. Vergeltungsgerechtigkeit überh. und auf die Kriminalgeſetze insbeſ., wie auch auf Moral, Theologie und Erziehungswiſſenſchaft, 2 Bde gr. 8. 796. 97. 3 Rth 8 gr 5 fl

Auszug aus der preuſs. Gerichtsordnung, dem Landrechte, dann dem Servis- und Cantonreglement, oder Handbuch für das preußiſche Militair, Beamte und Unterthanen, 8. 798. 12 gr 45 kr

Benſen, Henr., de fundamento poenarum capitalium tam hiſtorice quam philoſophice ſpectato, gr. 8. 794. 5 gr 20 kr

— — Verſuch einer ſyſtemat. Entwicklung der Lehre von den Staatsgeſchäften, und zwar in Hinſicht ihrer formalen Beſtimmung; für angehende Staatsbeamte, 2 Theile, gr. 8. 800. 802. 2 Rth 20 gr 4 fl 15 kr

— — Anleitung zur geſammten Geſchäftsführung für Juriſten und Kameraliſten, gr. 8. 802. 1 Rth 20 gr 2 fl 45 kr

— — Materialien zur Polizey-Kameral- und Finanz-Praxis für angehende praktiſche Staatsbeamten. 3 Bde. Auch unter dem Titel: Vorbereitung zur juriſtiſchen Praxis, beſonders in Rückſicht auf die Schreibart in rechtlichen Geſchäften von Aug. Ludw. Schott, neue ganz umgearbeitete Ausgabe in 3 Bänden von Heinr. Benſen, gr. 8. 800 — 803. jeder in 3 Heften, komplet 5 Rth 6 gr 8 fl 15 kr

— — über das Studium der ſogenannten Kameralwiſſenſchaften zur Beherzigung für Juriſten und Kameraliſten. Zugleich als Anhang zu deſſen Materialien ꝛc. gr. 8. 808. 16 gr 1 fl

Beyträge zur Geſchichte der teutſchen Juſtizpflege im 18ten Jahrhundert, 4 Stücke, 4. 788 — 89. (à 10 gr od. 40 kr) 1 Rth 16 gr 2 fl 40 kr

Burkard, Mich. Vinc., Urgeſetze des Staats und ſeiner nothwendigen Majeſtätsrechte, 1r Theil 3 Hefte, gr. 8. 806—808. 2 Rth 16 gr 4 fl

(1r Heft: Metaphyſik der Organiſation des Staates im Allgemeinen; 806. 12 gr 45 kr. 2r Heft: Metaphyſik der Criminalgeſetzgebung im Staate; 807. 12 gr 45 kr. 3r Heft: Syſtem der Polizeigeſetzgebung; 808. 1 Rth 16 gr 2 fl 30 kr)

Schott, J. über die Natur der weiblichen Erbfolge in Allodial- Stamm- und altväterliche Güter nach Erlöſchen des Mannsſtammes, ſowohl beim hohen als niedern Adel in Deutſchland. gr. 8. 810. 22 ggr. 1 fl 24 kr.

STAATSBIBLIOTHEK BAMBERG

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Mühlenbruch, Christian Friedrich, 1785-1843 / Fein, Eduard

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: 12,2

Erlangen 1810

Bamberg, Staatsbibliothek -- Coll.leg.o.101(12#2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11439042-2
VD18 10657126-002